Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dreyzehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1811.

Lib. XIII. Tit. II.

De condictione ex Lege.

§. 842.

Begriff und nähere Bestimmung dieser Condiction.

Alle Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, sind in den Gesetzen mit einem individuellen Namen bezeichnet. Allein die hier zu erklärende *condictio ex Lege* gehört zu den ungenannten Klagen. Die römischen Gesetzgeber waren zwar möglichst darauf bedacht, daß es nicht an einer Klage gegen denjenigen mangeln möchte, der uns aus irgend einem Factum, erlaubten, oder unerlaubten, zu etwas verbunden wäre. Daher waren Klagen für jedes Geschäft mit ihrem Namen und Formel in der römischen Proceßordnung verzeichnet. Schon Cicero [1]) sagte zu seiner Zeit: *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.* Gleichwohl kamen in der Folge viel neue Geschäfte vor, für welche man in dem albo formularum weder Namen noch Klagformel fand. Man denke an die unbenannten

Con-

1) Orat. III. *Pro Roscio Comoedo* cap. 8.

Contracte. Hier faßten die römischen Rechtsgelehrten die Klagformel selbst nach den Umständen des ihnen vorgetragenen Factums ab, und solche ungenannte Klagen bezeichnete man mit dem allgemeinen Namen *actiones in factum praescriptis verbis* [2]). Ausserdem wurden in den folgenden Zeiten noch manche andere Handlungen begünstiget, und manchem Vertrage, welcher nach der Strenge des ältern Civilrechts keine Klage wirkte, durch das neuere Recht eine eben so verbindliche Kraft beygelegt, als die Contracte hatten. Wer erinnert sich nicht hierbey an die pacta legitima und praetoria? Man hätte freylich wohl manche unter denselben zu irgend einer Classe von Contracten zählen können; allein sie wurden nach dem System des römischen Rechts doch nur als klagbare Verträge behandelt, weil sie ihre Klagbarkeit erst erhielten, nachdem gleichsam die Zahl der Contracte schon geschlossen war [3]). Die Klage für solche Geschäfte war nun entweder schon namentlich in der neuern Verordnung angegeben, z. B. actio de constituta pecunia, actio hypothecaria; oder sie ist mit keinem individuellen Namen bezeichnet. In diesem Falle wird sie bald *actio in factum*, bald *condictio ex Lege* genennet.

Condictio ex Lege [4]) ist nun also diejenige persönliche Klage, welche ein neues Civilgesetz der Billigkeit wegen

3) *L. 1., L. 11. L. 22. D. de praescript. verb. L. 6. Cod. de Transact.* S. MEISTERI Diss. de actionibus in factum. §. 29. et 32. (in *Opuscul.* T. I. pag. 366. seqq.)

3) S. Hugo Civilist. Magazin 1. Band S. 456. f.

4) S. *Io.* STRAUCH Diss. de condictione ex Lege. *Ienae 1716.* *Gottl.* STURM Diss. de pactis legitimis, et condictionibus ex Lege

wegen in einem Falle giebt, wo nach dem alten Civilrecht kein Klagerecht Statt hatte, und die, ohne einen individuellen Namen, blos durch Anführung des Gesetzes, worin sie gestattet ist, bezeichnet wird. Paulus sagt *L. un. D. h. t.* Si obligatio Lege nova introducta sit, nec cautum eadem Lege, quo genere actionis experiamur, *ex Lege agendum est.* Es ergeben sich hieraus folgende Wahrheiten.

1) Die condictio ex Lege gründet sich auf eine obligatio. Sie ist daher, wie jede Condiction, an sich eine persönliche Klage. Eine condictio ex Novella 18. cap. 1. oder ex Nov. 115. cap. 3. et 4. welche einige annehmen wollen, läßt sich mithin nicht gedenken, da in den Fällen, von welchen diese Gesetze reden, vielmehr eine Erbschaftsklage anzustellen ist [5]). Lyncker [6]) behauptet zwar, es könne auch wegen eines dinglichen Rechts eine condictio ex Lege Statt haben. Allein dieses gilt nur dann, wenn das dingliche Recht selbst mit der sonst daraus entstehenden Klage nicht verfolgt werden kann. Hier begründet zuweilen ein neues Gesetz eine Verbindlichkeit zur Entschädigung wider denjenigen, der sich sonst zu des Andern Nachtheil bereichern würde. Ein Beyspiel von einem solchen Falle enthält *L. ult.* §. 6. *Cod. de iure delib.* worin es heißt: Sin vero heredes res hereditarias creditoribus

Lege merito suspectis. *Vitembergae 1754.* und vorzüglich *Io. Ortw.* WESTENBERG De causis obligationum. Diss. IV. (*Operum* a *Io. Henr.* IUNGIO editor. Tom. I. pag. 98. sqq.)

5) S. den 7. Theil dieses Commentars §. 550. S. 154. und §. 551. S. 342. f.

6) Analect. ad Pand. h. t. Th. 57.

bus hereditariis pro debito dederint in ſolutum, vel per dationem pecuniarum ſatis eis fecerint: liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adverſus eos venire, et a poſterioribus creditoribus ſecundum leges eas abſtrahere, vel per hypothecariam actionem, vel *per condictionem ex Lege*, niſi voluerint debitum eis offerre. Es iſt hier von den Vortheilen der Rechtswohlthat des Inventars die Rede. Zu dieſen gehört, daß der Erbe die Gläubiger aus dem Nachlaß, ſoweit die Maſſe reicht, befriedigen kann, und zwar ohne Unterſchied, ſo wie ſie ſich melden, unbekümmert, ob auch noch andere, mit einem Vorzugsrechte verſehene vorhanden ſind, oder nicht. Es hängt auch ganz von ſeiner Willkühr ab, ob er die erbſchaftlichen Sachen zu ihrer Befriedigung erſt zu Gelde machen, oder ihnen dieſe Sachen gleich ſelbſt an Zahlungs Statt nach einer rechtmäßigen Taxe überlaſſen will. Die prioritätiſchen Pfandgläubiger, welche dabey übergangen worden ſind, weil ſie ſich ſpäter gemeldet haben, können deshalb keine weiteren Anſprüche an den Erben machen, ſondern blos gegen die übrigen Gläubiger klagen, die das Ihrige ſchon erhalten haben. Zu dieſem Zweck ſteht ihnen bald die *actio hypothecaria*, bald eine *condictio ex Lege* zu. Man unterſcheide nämlich, ob die Sachen, worauf ihnen ein vorzügliches Pfandrecht zuſteht, bey dieſen Gläubigern noch in Natur vorhanden ſind, oder nicht. Im erſten Falle klagen ſie auf deren Abtretung mit der actio hypothecaria, in dem andern aber, wo die Realklage nicht Statt finden kann, giebt ihnen das Geſetz zu ihrer Befriedigung eine Condiction, ſo weit die Beklagten durch das, was ſie zum Nachtheil der ihnen vorgehenden Pfandgläubiger empfingen, ſich reicher befinden, weil doch

dieſen

diesen ihr Vorzugsrecht durch die Rechtswohlthat des Inventars nach Recht und Billigkeit nicht vereitelt werden konnte [7]).

2) Die obligatio, worauf sich diese Condiction gründet, muß durch eine Lex nova eingeführt seyn, d. h. es muß einem gewissen Factum, wofür das alte Civilrecht keine Klage gestattete, durch das neue Gesetz die Wirkung beygelegt worden seyn, daß daraus eine obligatio und actio entsteht. Dieses Factum braucht nicht immer ein erlaubtes, auch nicht blos ein pactum legitimum zu seyn, wie Sturm [8]) behauptet; es kann auch zuweilen ein unerlaubtes seyn. Beyspiele hiervon enthalten folgende Gesetzstellen.

a) *L.* 27. §. 15. *D. ad Leg. Iul. de adulter. coercend.* Si reus vel rea absoluti fuerint: aestimari per iudices Lex damnum voluit; sive mortui fuerint, quantae pecuniae ante quaestionem fuerint; sive vivent, quantae pecuniae in his damnum datum, factumve esset.

7) Man vergleiche *Io.* SICHARDI Praelect. in Cod. Tom. II. ad L. fin. §. *Et si praefatam.* Cod. de iure delib. nr. 7. et 8. pag. 712. sq. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. Lib. VI. ad eand. L. fin. §. *Sin autem.* Cod. eod. pag. 94. und *Io. Iac.* WISSENBACH Commentar. in Cod. ad eand. L. ult. Cod. de iure delib. §. 6.

8) Cit. Diss. §. 3. 6. et sqq. Dieser Meinung stehen die *L. fin. §. 6. Cod. de iure delib.* und *L.* 27. §. 15. *et L.* 28. *D. ad Leg. Iul. de adult. coerc.* entgegen, und es ist gar nicht nöthig, die in beyden Stellen vorkommenden Worte *ex Lege* auszustreichen, oder ihnen einen uneigentlichen Sinn beyzulegen.

L. 27. §. 16. *D. eodem.* Notandum eſt, quod capite quidem nono cavetur: *Si ſervus adulterii accuſetur, et accuſator quaeſtionem in eo haberi velit, duplum pretium domino praeſtare* Lex iubet: at hic ſimplum.

L. 28. *D. eodem.* Quod ex his cauſis debetur, *per condictionem, quae ex Lege deſcendit*, petitur.

Zu den Beweiſen in peinlichen Fällen gehörten bey den Römern auch die durch die Tortur der Sklaven herausgebrachten Bekenntniſſe, und zwar konnte der Ankläger verlangen, daß vor allen die Sklaven des Angeklagten durch die Folter zum Bekenntniß gebracht werden muſten. Bey einigen Verbrechen fand dieſe Art, die Wahrheit herauszubringen, auch ſogar gegen das Leben ihres Herrn (in caput domini) Statt. Zu dieſen Verbrechen gehörte unter andern das adulterium. War dadurch nichts herausgebracht worden, und daher eine Freyſprechung des Angeklagten erfolgt, weil ſich ein Calumnie des Anklägers ergab; ſo muſte der Ankläger unter andern auch den Schaden erſetzen, wenn die Sklaven durch die Tortur zu Krüppeln gemacht, oder wohl gar das Leben verlohren hatten [9]). Zuweilen konnte der Ankläger auch verlangen, daß ein fremder Sklave auf die Folter gebracht werden ſollte. Hier muſte aber eigentlich der Ankläger Bürgſchaft leiſten, daß er den Schaden erſetzen wolle, der durch die Tortur an dem Körper oder Leben des Sklaven dem Herrn deſſelben zugeführt werden würde [10]). Allein nach der Lex Iulia de adulteriis coercendis war eine ſolche Cautionsleiſtung nicht nöthig. Hier war der Herr durch eine condictio ex Lege

9) Vid. Tit. Pand. *de Quaeſtionibus.* XLVIII. 18.

10) *L.* 13. *D. de Quaeſtion.*

Lege sc. *Iulia de adulteriis* gedeckt, vermöge welcher er, wenn der Sklave über ein eigenes Verbrechen war gefoltert worden, den doppelten, wegen eines fremden Verbrechens aber, den einfachen Werth in dem Falle ersetzt verlangen konnte, da er aus Chikane war gefoltert worden [11]).

b) §. 24. *I. de Actionib.* Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera aestimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur: quod *nostra constitutio* introduxit, quae in nostro Codice fulget, ex qua procul dubio est, *ex Lege condictitiam* emanare [12]).

11) *L. 3. Cod. ad Leg. Iul. de adult. L. ult. D. de Calumniat. Io. Guil.* HOFFMANN ad Leg. Iul. de adulteriis coercend. Lib. sing. Cap. VII. §. 4. et 5. in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. I. pag. 259. sqq.

12) Die Vulgata lieset hier ganz fehlerhaft: *quam proculdubio certum est, ex lege condictitia emanare.* Die richtigere Leseart, welche Hotoman, Merillius, Otto, und Van de Water haben, wird besonders durch die griechische Paraphrase des Theophilus bestärkt, welche nach Reitz Tom. II. p. 814. so lautet: τὸν γὰρ ex Lege *κονδικτίτιον ἀμάχως εἰκ διατάξεως τινεσθαι συμβαινει.* i. e. *Namque ex Lege condictionem sine controversia ex constitutione nasci convenit.* Die Constitution selbst, aus welcher diese Condiction entspringt, ist verlohren gegangen. Sie findet sich nicht einmal in den Basiliken, weil der Kaiser *Constantinus Porphyrogeneta* sie wieder auf-

c) §. 25. *I. eodem.* Item *ex Lege condictitia ex noſtra conſtitutione* oritur [13]), in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra conſtitutionis normam a reis quidquam exegerint.

Seitdem die alte in ius vocatio auſſer Gebrauch gekommen war, und die Klagſchriften durch Gerichtsdiener (viatores) inſinuirt wurden, mußte der Beklagte die Inſinuationsgebühren bezahlen, welche nach der Beſchaffenheit des ſtreitigen Objekts ein halbes Procent ausmachten. Hatte nun der Kläger wiſſentlich eine größere Summe in die Klagſchrift geſetzt, als er zu fordern hatte, ſo konnte der Beklagte nach der Verordnung des Kaiſers Juſtinian das zuviel Bezahlte dreyfach von dem Kläger zurückfordern; hatte aber der Gerichtsbote zuviel Sporteln genommen, ſo muſte letzterer nach einer andern Verordnung dasjenige, was er zur Ungebühr ſich hatte bezahlen laſſen, vierfach zurückgeben. In beyden Fällen hatte eine *condictio ex Lege* Statt.

d) *L. fin. Cod. de revoc. donat.* Generaliter ſancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, ſi non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effun-

aufhob, und *Nov. 7. et 8.* eine andere Sportelordnung einführte. S. CUJACIUS Obſervat. Lib. XII. cap. 22. und VINNIUS in Comm. ad §. 24. I. de action.

13) Die gemeine Leſeart: *Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio oritur*, iſt offenbar fehlerhaft. S. VINNIUS ad §. 25. I. de act. Die griechiſche Conſtitution aus den Baſiliken findet ſich *L. fin. Cod. de Sportulis.* S. *Ev.* OTTO ad §. 25. I. de action.

effundat, vel manus impias inferat, vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.

Das Gesetz, welches ebenfalls eine Verordnung des Kaisers Justinian ist, erlaubt hier eine Schenkung unter den Lebendigen, die sonst unwiederruflich ist, in gewissen bestimmten Fällen wegen gröblicher Undankbarkeit des Donatars zu wiederrufen, ohne deshalb eine besondere Klage namentlich anzugeben. Man nennt daher die Klage *condictio ex L. fin. Cod. de revocand. donat.*

e) *L. 4. Cod. Finium regundor.* Si constiterit, eum, qui finalem detulerit quaestionem, priusquam aliquid sententia determinetur, rem sibi alienam usurpare voluisse: non solum id, quod male petebat, amittat, sed quo magis unusquisque contentus suo rem non expetat iuris alieni, qui irreptor agrorum fuerit in lite superatus tantum agri modum, quantum adimere tentavit, amittat.

Es ist hier von dem Falle die Rede, da derjenige, welcher einen Grenzscheidungsproceß erregt hatte, während demselben, und ehe noch der Streit entschieden war, den streitigen Acker eigenmächtig in Besitz genommen, und bestellen lassen, nachher aber den Proceß verlohren hat. Hier

kann

kann der gewesene Beklagte nun nach dieser Verordnung des Kaisers Constantin des Großen gegen den gewesenen Kläger dahin klagen, daß er wegen der zu Schulden gebrachten eigenmächtigen Anmassung des streitig gewesenen Ackers eben soviel von seinem eigenthümlichen Grundstück an den jetzigen Kläger abzutreten für schuldig erkannt werde, als er sich von desselben Acker widerrechtlich anzumassen unterfangen hatte. Diese Klage wird genannt condictio ex Lege 4. *Cod. finium regundor* [14]).

Die meisten condictiones ex Lege gründen sich jedoch auf erlaubte Handlungen, und sind entweder solche, die aus den sogenannten pactis legitimis entspringen, oder sie haben andere erlaubte Handlungen zum Grunde. Zu den Condictionen der ersten Art gehören z. B. folgende.

a) *Condictio ex L. 6. Cod. de dot. promiss.* welche nach der Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian auf die Bestellung eines Heyrathsguts aus einem simplen Versprechen desselben angestellt werden kann, wo sonst nur eine Stipulation das Versprechen klagbar machte.

b) *Condictio ex L. 35. §. ult. Cod. de donat.* wegen einer Schenkung unter den Lebendigen, welche nach dieser Verordnung des Kaisers Justinian auch ohne Stipulation eine klagbare Verbindlichkeit wirken soll [15]).

c) *Condictio ex L. 7. D. de nautico foen.* die sich auf das pactum de nautico foenore gründet, wodurch der Gläubiger die Gefahr eines über See geliehenen Kapitals

wäh-

14) S. *Gust. Henr.* MYLII Disputat. de condictione ex L. 4. C. Fin. Reg. *Lipsiae 1707.*

15) *Nov. CLXII. Cap. 1. §. 1.*

während der Reise gegen bedungene höhere Zinsen übernimmt, und welches nach diesem Gesetz eben so wirksam seyn soll, als eine Stipulation. Es heißt in dem angeführten Gesetz: In quibusdam contractibus etiam [16]) usurae debentur, *quemadmodum per stipulationem.* Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere [17]).

Zu

16) *Ger.* NOODT Lib. IV. Probabil. cap. 6. et de Foenore et usuris Lib. III. cap. 2. will nach etiam die Worte *ex pacto* ergänzen; allein es ist dies eine sehr gewöhnliche Ellipsis, die jener Correction nicht bedarf, wie schon *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 9. §. 1. erinnert hat.

17) Aus welcher Quelle diese obligatio foenoris nautici herrühre, läßt sich nicht mit Gewißheit bestimmen. *Mart. Hier.* HUDTWALCKER in Diss. de foenore nautico Rom. *Hamburgi 1810.* §. 13. glaubt, sie sey der Billigkeit wegen durch das ius honorarium eingeführt worden. Der Prätor habe also hier eine Klage gestattet. Der Beweis dieser Hypothese wird aus der Inscription geführt, weil nämlich die L. 7. cit. aus ULPIANI *libro 3. ad Edictum* genommen ist. Allein die *L. 7.* ist nicht aus ULPIANI, sondern aus PAULI *libro 3. ad Edictum* genommen. In diesem Buche aber handelte Paulus von den pactis legitimis, wie aus *L. 6. D. de pactis* erhellet, welche ebenfalls aus dem 3. Buche seines Commentars über das Edict entlehnt ist. Er sagt daselbst *Legitima conventio* est, quae Lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur. Das *pactum de nautico foenore* ist also kein pactum praetorium, sondern ein pactum legitimum. Durch welches Civilgesetz aber dieses pactum bestätiget worden sey, ist nicht bekannt. Man sehe übrigens *Ger.* NOODT ad Edictum Praetoris de pactis. cap. 13.

Zu den Condictionen der letztern Art gehören

a) *Condictio ex L.* 30. *Cod. de inoff. testam.* auf Ergänzung des Pflichttheils, von welcher schon an einem andern Orte gehandelt worden ist [18]).

b) *Condictio ex L.* 1. *Cod. h. t.* welche der Fiskus wegen einer Primipilarschuld zu seiner Deckung gegen den Schuldner seines Schuldners anstellen kann, wenn auch gleich die Schuld desselben noch nicht zahlbar seyn sollte. Das Gesetz, welches eine Verordnung der Kaiser **Diocletian und Maximian** ist, sagt: Licet ante tempus debita exigi non possint, tamen si te *ex primipilo* [19]) debitorem constitutum fisci, ac patrimonium tuum exhaustum Praeses provinciae compererit; *ut ad solutionis securitatem solum foenebris pecuniae* [20]) *subsidium superesse videatur*; commonebit debitorem tuum, si saltem ipse sit solvendo, *ut ante definitum tempus debita repraesentet: ut fisco, cuius ob necessitates publicas causam potiorem esse oportet, debita pecunia exsolvatur* [21]).

c) *Condictio ex L. ult.* §. 1. *Cod. de hered. petit.* wodurch derjenige, welcher die Erbschaftsklage anstellte, aber den Pro-

18) S. den 7. Theil dieses Commentars §. 550. S. 142. ff.

19) i. e. ex causa primipilari. Est autem hic *Primipilus*, annona militaris. S. *Iac.* GOTHOFREDHS in Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de Cohortal. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 305.

20) i. e. pecuniae, quam foenori collocasti.

21) Daß die dem Fiskus in diesem Falle zustehende Klage eine condictio ex h. L. sey, zeigt auch POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. 1. not. b.

Proceß verlohr, von dem Beſitzer der Erbſchaft Erſatz deſſen fordern kann, was er bereits den Erbſchaftsgläubigern bezahlt hat. Quodſi petitor victus fuerit, ſagt Kaiſer Juſtinian in dem angeführten Geſetz, ſimili modo a poſſeſſore *iudicis officio*[22]) ei ſatisfiat, vel ſi hoc fuerit praetermiſſum, negotiorum geſtorum vel *ex lege condictione.*

d) *Condictio ex L. ult. Cod. de dotis promiſſ.* welche ſich auf die geſetzliche Verpflichtung des Vaters zur Dotirung ſeiner Tochter gründet. Kaiſer Juſtinus ſagt in dem angeführten Geſetz: *Neque enim Leges incognitae ſunt, quibus cautum eſt, omnino paternum eſſe officium, dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie.* Da dieſe Verbindlichkeit dem Vater urſprünglich durch die Lex Iulia de maritandis ordinibus iſt auferlegt worden, wie Johann Conrad Sieglitz[23]), und Aemil. Lud. Hombergh zu Vach[24]) auſſer allen Zweifel geſetzt haben, ſo könnte man dieſe Klage auch *condictio ex Lege Iulia de maritandis ordinibus* nennen, wie ſie auch aller Wahrſcheinlichkeit nach urſprünglich geheiſſen haben mag, und weil

dieſe

22) Die Worte *iudicis officio* gehen darauf, daß der Richter, der in der Erbſchaftsſtreitigkeit ſpricht, in der Sentenz, in welcher er den Kläger abweißt, zugleich auf deſſen Entſchädigung für das an Andere von ihm Bezahlte erkennen kann. S. Weſtphals ſyſt. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröfnung der Teſtamente §. 367. a. E.

23) Diſſ. de neceſſitate patris conditionem filiabus quaerendi. *Halae 1757.* §. 2. ſq.

24) Diſſ. de obligatione patris ad conſtituendam dotem non promiſſam. *Marburgi 1770.* §. 19.

diese Verordnung nachher nochmals durch eine Constitution der Kaiser Sever und Antonin bestätiget, und auf die Provinzen ausgedehnt wurde, wie aus *L.* 19. *D. de ritu nupt.* erhellet, so erklärt sich hieraus, was das für *Leges* sind, deren Justinus in der oben gedachten Gesetzstelle Erwähnung thut. Unstreitig ist auch

e) die Klage, deren Scävola *L.* 65. *D. Soluto matrimonio* gedenkt, keine andere, als eine *condictio ex Lege Iulia de maritandis ordinibus*, wie Cujaz [25]) und Franz Ramos Del Manzano [26]) gezeigt haben. Die erwähnte Lex Iulia handelte nämlich unter andern auch von der Manumission eines zum Heyrathsgute gegebenen Sklaven [27]). Hier unterschied man drey Fälle.

α) Die Frau hatte ihrem Manne den servum dotalem zu dem Zweck geschenkt, daß er ihn manumittiren sollte. In diesem Falle durfte der Ehemann seiner Frau wegen dieser Manumission gar nichts vergüten, wenn er sich auch bey der Manumission des Sklaven noch so viele Vortheile ausbedungen hatte [28]).

β) Der Mann hatte den servum dotalem als negotiorum gestor der Frau manumittirt. Hier war die Manumission an sich zwar gültig [29]). Allein der Mann mu-

ste,

25) Observation. Lib. II. cap. 34.

26) Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. 29. (in *Thes. Meermaniano* Tom. V. pag. 493. sq.)

27) *L.* 14. §. *ult. D. de Lege Cornel. de falsis.*

28) *L.* 24. §. 4. *L.* 62. *D. Soluto matrim. L.* 7. §. *ult. D. de donat. inter V. et U. L.* 22. *Cod. eodem.*

29) *L.* 3. *Cod. de iure dot. L. ult. C. de servo pign. dato manum. L.* 3. §. 2. *D. de suis et legitim. heredib.*

ste, was er als Patron durch die Manumission erhielt, der Frau restituiren, auch dasjenige muste er vergüten, was er noch hätte erhalten können, wenn er nicht den Erwerb dolose verhindert hätte [30]). Was er hingegen nicht als Patron, sondern alio iure, von dem Freygelassenen erhielt, durfte er behalten [31]). Die Klage, welche in jenem Falle die Frau anstellen konnte, war die *condictio ex Lege Iulia.*

γ) Der Ehemann hatte den servum dotalem wider den Willen der Frau manumittirt. Hier kam es zuvörderst darauf an, ob der Mann im Stande war, den Sklaven zu bezahlen, oder nicht. In dem letzten Falle war die Manumission ungültig, wenn gleich der Mann sonst keine andern Gläubiger hatte [32]). In dem erstern Falle hingegen ward zwar der Mann Patron des Freygelassenen [33]); allein er mußte hier der Frau alles restituiren, auch was er nicht als Patron durch die Manumission erhalten hatte; jedoch mit dem Unterschiede, daß er dasjenige, was ihm iure patronatus gebührte, noch während der Ehe restituiren mußte, und deshalb *condictione ex Lege Iulia* belangt werden konnte; das Uebrige aber erst nach getrennter Ehe, und zwar mit der *actione dotis*, oder wie sie noch zu den Zeiten der Klassiker hieß, *actione rei uxoriae.* So erklärt sich denn die *L. 65. D. Soluto matrim.* wo Scävola sagt: *Haec actio* (nämlich condictio ex Lege Iulia, oder wie sie

30) *L. 64. §. 5—7. D. Soluto matrim. L. 14. §. ult.* verglichen mit *L. 6. §. ult. D. ad L. Corn. de falsi.*

31) *L. 64. §. 5. D. Soluto matrimon.*

32) *L. 21. D. de manumiss. L. 1. Cod. de servo pign. dato manum.*

33) *L. 3. Cod. de iure dot. L. ult. Cod. de servo pign. dato manum.*

sie auch Pothier [34]) nennt, ex Lege Papia) *etiam constante matrimonio mulieri competit*; wenn man damit die *L.* 61. *D. eodem* vergleicht, wo Papinian sagt: Dotalem servum vir *invita uxore* manumisit, heres solus vir a liberto institutus portionem hereditatis, *quam ut patronus consequi potuit ac debuit*, restituere debet; alteram vero portionem, *dotis iudicio:* si modo uxor manumittenti refragatur.

3) Die Verbindlichkeit, welche durch diese Condiction verfolgt wird, muß durch ein neues Civilgesetz eingeführt seyn. Denn ist sie vom Prätor bestätiget, so heißt die Klage nie condictio ex Lege, sondern *actio in factum*, sofern sie mit keinem individuellen Namen bezeichnet ist [35]). Was heißt aber hier *Lex nova?* Fast alle verstehen darunter ein solches Gesetz, welches jünger ist, als die Gesetze der zwölf Tafeln [36]). Diese Erklärung bestätiget auch Paulus *L.* 7. *pr. D. de capit. minut.* Allein Sturm [37]) glaubt, diese Erklärung gehöre gar nicht hieher. Condictiones ex Lege ließen sich nicht denken, bevor nicht das Verzeichniß der Contracte vollendet war, und die pacta legitima eingeführt wurden. *Lex nova* igitur est, sagt er, quae post confectum catalogum contractuum novam actionem personalem, pacto nudo, sine nomine dedit.

Allein

34) Pand. Iustin. Tom. II. Tit. soluto matrim. Nr. LXXXVIII.

35) *L.* 11. *D. de praescript. verb.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLV. Th. 9.

36) BACHOV Tr. de actionib. Diss. IV. Th. 12. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. WESTENBERG de causis obligation. Diss. IV. cap. 1. §. 9. et 10.

37) Diss. cit. de pactis legitimis et condict. ex Lege §. 5.

Allein seine Hypothese, daß condictiones ex Lege nur allein ex pactis legitimis entstünden, worauf sich der Begriff von Lex nova bezieht, ist schon oben widerlegt worden. Aus den vielen bereits angeführten Beyspielen von solchen Condictionen erklärt sich die lex nova von selbst. Meistentheils ist es eine constitutio principis, allein es kann auch zuweilen ein älteres Gesetz, ja sogar ein römisches Comitialgesetz seyn, wovon oben Beyspiele vorgekommen sind. Endlich

4) muß auch das genus actionis, quo experiundum, nicht bestimmt seyn, welches Westenberg [38]) nicht blos von dem Namen, sondern auch von der Natur und Form der Klage versteht.

Nach dem Beyspiel der condictionum ex Lege nimmt man auch, wiewohl nach einer unpaßenden Analogie, *condictiones ex canone*, *ex statuto*, und *ex moribus* an [39]).

Als Beyspiele der erstern Art führt man an

a) *Condictionem ex cap.* 1. *X. de pactis.* Allein diese ist offenbar erdichtet [40]), und beruhet auf der falschen Meinung, als ob die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge durch das canonische Recht sey eingeführt worden, welche aber schon an einem andern Orte widerlegt worden ist [41]).

b) *Con-*

38) De causis obligation. Diss. IV. Cap. 1. §. 12.

39) S. HUBER Praelect. h. t. §. 3. et 4. STRUV Exercit. XVIII. Th. 58. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. § 9. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1338. et 1339.

40) S. *Io.* Ge. FICHTNERI Diss. de condictione ex canone non dabili ex cap. 1 et 3. X. de pactis. *Altdorfii 1707.*

41) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 312. S. 281. ff.

b) *Condictionem ex can. Redintegranda* 3. *Cauſ. III. Qu.* 1. oder *ex cap.* 18. *X. de reſtitut. ſpoliator.* Allein die erſte Condiction iſt eben ſo erdichtet, als der Text, woraus man ſie herleitet. Denn auch davon abgeſehen, daß der canon *Redintegranda* eine von den erdichteten Decretalen iſt, wodurch die Pſeudiſidorſche Sammlung das Anſehen der Erzbiſchöfe und der Provincialſynoden untergrub, und überdem auf einer falſchen Leſeart beruhet, wie ſchon an einem andern Orte bemerkt worden iſt[42]); ſo iſt auch von einem neuen Klagrecht, welches in dieſer Stelle eingeführt ſeyn ſoll, gar nicht die Rede, ſondern blos von einer Exception, die dem vertriebenen, oder ſeines eigenen Vermögens beraubten Biſchofe gegen die Anklage vor der Synode zuſtehen ſoll, vermöge welcher dieſe Anklage ſolange gar nicht Statt haben ſolle, als nicht derſelbe in den Beſitz der verlornen Güter wieder eingeſetzt iſt. In Rückſicht des erlittenen Verluſtes aber werden offenbar hier die ſchon bekannten Rechtsmittel, nämlich das römiſche Interdict unde vi, und die Reivindication vorausgeſetzt[43]). Soviel hingegen die andere *Condictio ex cap.* 18. anbetrift, ſo begründet zwar der Text hier ohne Zweifel ein neues Klagerecht, in einem Falle, wo das römiſche Recht ein ſolches nicht geſtattete. Das römiſche Recht geſtattete nämlich die Klage wegen eines gewaltſam verlohrnen Beſitzes gegen einen dritten Beſitzer ſelbſt denn nicht, wenn dieſer Dritte auch von demjenigen, welcher die Gewaltthätigkeit verübt hatte, die Sache bekam, und es wohl wuſte, wie der Beſitz ſeines

42) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 181. Not. 88. S. 589.

43) S. Fried. Carl von Savigny Recht des Beſitzes §. 50. S. 517. ff.

nes Auctors entstanden war[44]). Diese Strenge des Civilrechts wird nun hier abgeändert, und gegen denjenigen, qui scienter rem spoliatam receperit, eben sowohl, als gegen den Spoliator selbst, eine Klage gestattet. Allein diese Klage ist keine condictio, sondern die bekannte Spolienklage. Ein passenderes Beyspiel glaubt

c) Böhmer[45]) in den *cap.* 2. *de pactis in 6to*, und *cap.* 26. und 28. *X. de iureiur.* gefunden zu haben, nach welchen ein Geschäft, das nach dem Civilrecht nicht gilt, dennoch alsdann eine Klage wirken soll, wenn es mittelst eines Eides bestärkt worden ist. Er führt das Beyspiel von einer Schenkung unter den Lebendigen an, welche die Summe von 500. Solidis übersteigt, und nicht gerichtlich insinuirt, aber durch einen Eid bestärkt worden ist. Hier müsse mit einer *Condictio ex canone* auf die Erfüllung der Schenkung geklagt werden. Allein schon Carrach[46]) hat hier sehr gründlich erinnert, daß es gar nicht nöthig sey, eine solche Condiction aus dem canonischen Recht zu fingiren. Denn erstens ist in den angeführten Texten gar nicht von einem neuen Klagerecht die Rede, sondern es wird nur gesagt, man solle den geleisteten Eid halten, und Handlungen nicht anfechten, die durch einen Eid bekräftiget worden sind, wenn sie gleich das römische Recht für nichtig erklärt. Es ist also vielmehr von einer Exception die Rede, welche der auf das Civilrecht gegründeten Nichtigkeitsklage wegen des geleisteten Eides entgegengesetzt

44) *L. 3. §. 10. D. Uti possidetis.* S. von Savigny a. a. O. S. 523. f.

45) Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. V. §. 42.

46) Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de Actionib. pag. 268.

werden kann. Zweytens ist ja auch selbst nach dem römischen Recht die Klage wegen einer gerichtlich nicht insinuirten Schenkung über 500. Solidos nicht ganz unstatthaft, weil die Schenkung doch wenigstens bis auf 500. Solidos gilt. Warum sollte also nicht die überhaupt wegen einer Schenkung nach dem römischen Recht zustehende condictio ex Lege auch hier angestellt werden können? Setzt der Beklagte dem Kläger die Einrede entgegen, die Schenkung sey nicht gerichtlich insinuirt, und gelte also nur bis auf 500. Soliden, er habe solchemnach auf ein Mehreres geklagt, als er zu fordern berechtigt sey, (exceptio pluris petitionis) so kann er noch immer in der Replic der vorgeschützten Exception dadurch begegnen, daß er anführt, die Schenkung sey durch einen Eid bekräftiget, und gelte also nach dem canonischen Recht auch ohne gerichtliche Insinuation über 500. Solidos. Es ist aber überhaupt noch die Frage, ob hier der Eid den Mangel der gerichtlichen Insinuation ersetzen könne? Viele läugnen dieses mit allem Recht darum, weil die Insinuation zum Zweck hat, Betrügereyen zu verhüten, und das Interesse dritter Personen zu sichern [47]). Es würde also schon aus diesem Grunde gar nicht rathsam seyn, mit einer condictio ex canone zu klagen. Endlich führt man noch

d) als Beyspiel die *condictio ex cap.* 5. *X. de raptor.* an, mit welcher gegen die Erben eines verstorbenen Ver-

bre-

47) S. CARPZOV P. II. Const. XII. Def. 14. LUDOVICI Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: *omne iuramentum servandum esse* etc. §. 12. sq. AYRER Diss. de abusu iuramentor. §. 40. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 465. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 903. a. E.

brechers geklagt werden könne, um den Schaden aus der Erbschaft zu ersetzen, soweit dieselbe dazu hinreicht [48]). Es ist aber auch hier nicht nöthig, condictione ex canone zu klagen, da vielmehr die aus dem Delict des Verstorbenen entspringende Klage heut zu Tage nach den Grundsätzen des natürlichen und canonischen Rechts auch gegen die Erben geht, so weit die Erbschaft zureicht [49]); wie bey den einzelnen bereits vorgekommenen Klagen aus Delicten gezeigt worden ist.

Soviel hiernächst die *condictionem ex Statuto* anbetrift, so findet man davon Beyspiele bey Stryk [50]) und Wernher [51]).

Eine *condictio ex moribus* endlich ist z. B. diejenige Klage, welche nach einem allgemein anerkannten teutschen Gewohnheitsrechte aus einem Vertrage angestellt werden kann, der nach dem römischen Recht, als ein pactum nudum, nicht klagbar seyn würde. Sie wird jedoch auch *actio ex pacto* genennt [52]).

48) S. BOEHMER Doctr. de action. Sect. II. cap. V. §. 43. Not.*) in fin. vergl. mit §. 10. Not. n. p. 402. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Band §. 1339.

49) S. CARRACHII Adnotat. ad *Boehmeri* Doctr. de actionib. pag. 30. ad §. 9. et pag. 252. ad §. 10.

50) Us. mod. Pand. h. t. §. 6.

51) Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 160.

52) S. *Aug. Ben.* CARPZOV Diss. de condictione ex moribus. *Lipsiae 1685.* *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de actione ex quocunque pacto moribus data. *Vitemb. 1718.* und Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 701. ff.

Man vermische übrigens mit der condictio ex Lege nicht eine bloße Imploration des richterlichen Amtes [53]). Denn darunter wird im Sinn des römischen Rechts ein solches Gesuch verstanden, welches in dem Falle vor Gericht geschiehet, da zwar dem Imploranten die Rechtshülfe in den Gesetzen zugesichert wird, allein keine ordentliche und förmliche Klage Statt findet. Z. B. das Gesuch eines Minderjährigen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [54]), ferner das Gesuch um Leistung einer cautio damni infecti [55]). Hier galt es mehr der Form des Processes, als dem Namen und Grunde der Klage. Denn es ward hier nach der römischen Gerichtsordnung nicht so, wie bey den ordentlichen Klagen, ein iudex pedaneus bestellt [56]). Heutzutage aber nennt man Imploration überhaupt das Anbringen der Klage im summarischen Proceß, insbesondere aber auch eine solche Klage, welche auf das natürliche Zwangsrecht in dem Falle gegründet wird, wo zwar kein Civilgesetz die Forderung des Klägers unterstützt, aber doch auch dem natürlichen Rechte in dem unterliegenden Falle durch das Civilrecht seine Kraft nicht entzogen worden ist. Man nennt sonst auch diese Klage actio in factum [57]).

53) *Frid. Alex.* KÜNHOLD Diss. de remedio implorationis officii iudicis. *Lipsiae 1720.* und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

54) *L. 1. pr. D. de Minorib. L. 8. L. 24. §. ult. D. eod.*

55) *L. 4. §. 8. D. de damno inf. L. 5. D. de Verb. oblig.*

56) *Henr.* WAGNERI Meditation. ad *Boehmeri* Doctrin. de Action. P. I. § 29. et § 33.

57) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 1. Th. §. 24. u. §. 57.

Lib. XIII. Tit. III.

De condictione triticiaria.

§. 843.

Begriff, Name und Natur der *condictio triticiaria.*

Die Lehre von der condictione triticiaria gehört unstreitig zu den schwierigsten im römischen Recht [58]). Man ist weder über den Namen, noch über die Natur dieser Klage einverstanden, weil die Fragmente, welche uns darüber aus den Schriften der Klassiker aufbehalten worden, theils sehr mangelhaft, theils aber auch dunckel und widersprechend sind. Der große Gerhard

58) Von dieser Klage handeln *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXIII. Err. 1. et 2. Dec. LXXXIV. Err. 4. et sqq. Dec. LXXXV. Err. 1. Dec. LXXXVIII. Err. 9. et 10. Dec. LXXXIX. Err. 1. sqq. *Guil.* MASIUS in Tr. de rei debitae aestimatione. *Lovanii 1653.* 4. P. III. Cap. 1. sqq. *Franc.* DUARENUS in Commentar. ad hunc Tit. Dig. *Operum* pag. 920. *Io.* STRAUCH Diss. de condictione triticaria. *Ienae 1670.* (in Opusc. a *Knorrio* Halae 1729. edit. P. VI. Nr. IV. pag. 775. sqq.) *Io. Car. van* WACHENDORFF Diss. de condictione triticiaria, in *Eiusd.* Dissertation. Triade. *Trajecti ad Rhen. 1730.* 8. Dissertat. II. pag. 201. sqq. und *Io. Ortw.* WESTENBERG de Causis obligationum Dissertat. VII. Cap. 5. in *Operib. iurid.* a *Iungio* edit. Tom. I. Nr. III. pag. 145. sqq.

Noodt [59]) übergeht daher die Interpretation dieses Titels in seinem Pandecten-Commentar mit dem bescheidenen Bekenntniß, *non adsuetus alios docere, quod ipse non intelligo. Memoria teneo omnia*, sagt er, *de hac condictione tradita a Tituli huius interpretibus, sed expensis omnibus diligenter, adeo nihil probare, mihi permisi: ut contra saepe sim miratus, tam secure tractari actionem, cuius nemo non modo usum, ac nec nomen, ad probabile explicando adduxit, tantum abest, ut quisquam utrumque aut alterum sit ex solido consequutus.* Kein Wunder, wenn diejenigen, welche sich auf eine Erklärung dieser Condiction eingelassen haben, in ihren Theorien sehr von einander abweichen. Nach der gemeinen Behauptung soll zwar die *condictio triticiaria* eine eigene besondere persönliche Klage seyn, mit welcher bey stricti iuris Geschäften, aus denen Jemand dem Kläger irgend eine andere Sache, als eine bestimmte Geldsumme, zu leisten schuldig ist, aber sein Versprechen entweder gar nicht oder nicht zu rechter Zeit erfüllet hat, nun deshalb das Interesse nach richterlichem Ermessen in einem solchen Falle gefordert werden kann, wo die actio ex stipulatu nicht Statt findet [60]). Allein die Gesetze der Pandecten gedenken der stricti iuris Geschäfte bey dieser Condiction mit keiner Sylbe. Daß sie vielmehr auch bey bonae fidei Geschäften Statt haben könne, ist daraus zu ersehen, weil

59) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 305.

60) S. WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 7. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 46. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 1. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 943. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1384.

weil nach der Meinung des Servius, welche auch Ulpian[61]) billiget, bey der Bestimmung des Werths der schuldigen Sache, auf die Zeit der Verurtheilung gesehen werden solle. Nun unterscheiden sich eben darin die iudicia bonae fidei und stricti iuris, daß bey den ersten das tempus rei iudicatae, bey den letztern aber das tempus litis contestatae zum Maasstabe der Werthbestimmung genommen wird[62]). Hierzu kommt, daß die condictio triticiaria nach Ulpians[63]) Lehre auch Statt findet, wenn die Verbindlichkeit des Beklagten aus einem Delict herrührt. Andere[64]) sagen daher, sie sey diejenige persönliche Klage, wodurch der Kläger jede ihm schuldige Sache, sie sey bestimmt oder unbestimmt, nur nicht eine bestimmte Geldsumme, von dem Beklagten dergestalt fordern kann, daß, wenn letzterer der richterlichen Sentenz, welche ihm die Restitution oder Ablieferung der Sache auferlegt, keine Folge leistet, er nachher zum Ersatz des Werths verurtheilt werden könne. Aber auch diese Idee ist den Gesetzen nicht gemäß. Denn ist gleich die condictio triticiaria eine actio arbitraria in dem Sinn, daß sie auf den, nach richterlichem Ermeßen, zu bestimmenden Werth der schuldigen Sache geht, so ist es doch unerweislich, daß sie bey den Römern eine vorläufige Sentenz des Richters erfordert habe, ehe der Beklagte zur Erstattung des Werths habe verurtheilt werden können, wie auch schon van Wachendorff[65]) sehr gründlich erinnert hat.

61) *L. 3. D. h. t.*

62) *L. 3. §. 2. D. Commodati.*

63) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

64) S. STRAUCH cit. Diss. Cap. II. Sect. I. §. 1. et Sect. IV. §. 3.

65) Cit. Diss. Cap. II. §. 7. pag. 257. sq.

hat. Soviel wir durch den Nebel, welcher hier unsern Blick verdunkelt, zu erkennen im Stande sind, so scheint die *condictio triticiaria* keine eigene Hauptklage zu seyn, es scheint vielmehr diese Benennung nur eine adjectitia qualitas, d. i. einen Beysatz zu bezeichnen, der allen persönlichen Klagen, welche aus einer obligatione dandi entstehen, in dem Falle beygefügt werden kann, da nicht auf die Sache selbst, sondern auf den nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Werth derselben geklagt wird, um durch diesen Beysatz anzuzeigen, daß die Forderung auf etwas Unbestimmtes gerichtet sey. Hierin stimmen auch die berühmtesten sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten überein[66]). Nur bleibt es denn freylich immer räthselhaft, woher diese Benennung entstanden sey. Von einem Urheber oder Erfinder läßt sich wohl dieselbe nicht herleiten. Denn daß es irgend einen Triticius bey den Römern gegeben habe, dem man diese Klage zueignen könnte, ist unerweislich. Die römische Familiengeschichte, welche Ursinus, Augustinus und Panvinius mit so großem Fleiß bearbeitet haben, enthält nichts davon. Es ist daher zu verwundern, wie die Hypothese des Accursius, der sich den Namen der Klage auf jene Art zu erklären suchte, bey Duaren, Treutler und Donell habe Beyfall finden können. Noch weni-

66) Man sehe *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. et 2. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 39. p. 100. (*Franequerae 1690.* 4.) *Corn. van* ECK Commentat. de septem damnatis LL. Pandectar. s. crucibus ICtor. Cap. I. §. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. et IO. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1749. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. I. §. 270. in fin. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 276.

weniger aber kann, wie **Bartolus** träumte, ein gewisser Mönch Triticius, von dem Orden der Minoriten oder Franziskaner, denen es nicht erlaubt ist, Geld zu berühren, der Klage den Namen gegeben haben. Eine Meinung, welche **Wissenbach**[67]) billig unter die *aegrae deliria mentis*, und *quartanae somnia febris* zählt. Richtiger leitet man den Namen der Klage von Triticum her. Doch wie verschieden sind nicht hier wieder die Gedanken der Ausleger! Viele[68]) glauben, mit jenem Worte habe sich das Edict des Prätors angefangen, wodurch die condictio triticiaria sey eingeführt worden. *Triticum*, *vinum*, *oleum*, *frumentum*, *similisque res*, *praeter pecuniam numeratam*, *si petatur*, *nec exstat: de ea iudicium dabo*: so könnten, meinen sie, die Worte des Edicts ohngefähr gelautet haben. Allein wo findet sich denn nur die geringste Spur von einem solchen Edict? Es ist auch schon an einem andern Orte[69]) bemerkt worden, daß die Condictionen, von denen wir bisher gehandelt haben, und noch handeln, lauter Civilklagen sind. Eben so wenig ist zu glauben, daß die ominöse Geschichte des schlafenden Midas, welche **Valerius Maximus**[70]) erzählt, den Namen der Klage veranlaßt habe, wie

67) Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXVI. Th. 7.

68) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XLVI. Th. 1. *Io. Iac.* WISSENBACH c. l. *Vigl.* ZUICHEMUS Praelect. ad rubr. Dig. Si certum petat. nr. 28. *Io. Frid.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 1. *Io. Ortw* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 2. *Io.* SCHILTER Exercit. XXIV. ad Dig. §. 56. LYNCKER Analect. ad Dig. h. t. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. b. u. a. m.

69) S. §. 820. S. 4. des 13. Theils.

70) Lib. I. Cap. 6.

wie Jasius wähnte. Denn wollte man unter dem Worte *Triticum* alle menschliche Güter und Reichthümer verstehen, so wäre unbegreiflich, warum die condictio triticiaria nicht auf baare Geldsummen gehen solle. Cujaz [71]) will daher vielmehr mit Stephan, dem griechischen Scholiasten, behaupten, daß in der alten Klagformel das Wort triticum gestanden, weil vielleicht derjenige, welcher sich derselben zuerst bediente, auf den Werth einer schuldigen Getraide-Lieferung geklagt habe. Noch viel sinnreicher ist jedoch die Muthmaßung des Voet [72]), dem auch van Wachendorff [73]) beystimmt, nämlich die Provinzialen mußten ehemals, wie Cicero [74]) erzählt, eine gewisse Quantität Getraide an die Republik liefern. Diejenigen nun, welchen es, wegen der zu großen Entfernung von dem Lieferungsorte, zu beschwerlich fiel, das Getraide in Natur zu liefern, baten sich's zur Gnade aus, das Geld dafür bezahlen zu dürfen. Die Ankündigung der Lieferungszeit hieß *condictio triticaria*. Daher sey es denn gekommen, daß wenn in einem gegebenen Falle statt der schuldigen Sache selbst der Werth derselben gefordert wurde, die Klage *condictio triticaria* oder *triticiaria* genennt worden sey. Es kann indessen auch gar wohl seyn, daß Getraidelieferungen der gewöhnliche Fall gewesen, wo diese Condiction angestellet worden, oder daß man die Klage, wie Heineccius [75]) meint,

71) Tract. II. ad Africanum ad L. 23. D. de reb. credit. et in Paratitl. Dig. h. t.

72) Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

73) Diss. cit. Cap. II. §. 4. pag. 245. sq.

74) *Orat. III. in Verrem cap. 82. sq.*

75) Element. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. III. §. 84.

meint, a tritico, tanquam nobiliſſimo mercium genere, mit dem Namen der *condictio triticiaria* bezeichnet habe.

Um jedoch die Natur dieſer Klage näher kennen zu lernen, ſo ſind folgende Sätze zu bemerken.

1) Die *condictio triticiaria* findet in allen Fällen Statt, wo man den Werth einer Sache zu fordern berechtiget iſt, welche der Beklagte zu geben oder zu reſtituiren ſchuldig war; wenn dieſer entweder wegen eines Dolus oder wegen einer Culpa ſeine Verbindlichkeit gar nicht, oder wegen Verzugs nicht zu gehöriger Zeit erfüllet hat. Die Sache, welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht, ſey eine körperliche oder unkörperliche, eine bewegliche oder unbewegliche, eine fungible, oder nicht fungible. Sie findet nur dann nicht Statt, wenn der Gegenſtand der Verbindlichkeit eine beſtimmte Geldſumme iſt, weil das Geld keiner weitern Werthbeſtimmung bedarf, ſondern vielmehr ſelbſt der Maasſtab iſt, wornach der Werth der Dinge beſtimmt wird [76]). Sie wird daher der auf eine Geldſumme gerichteten *condictio certi* entgegengeſetzt, und von den Practikern ſcherzweiſe die Franziskaner Klage genennt [77]). Folgende Stelle aus Ulpian iſt hier merkwürdig.

L. 1. pr. D. h. t. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actionê utitur, *Si certum petetur*: qui autem alias res, per *triticiariam condictionem* petet. Et gene-

76) *L. 3. D. de in litem iur. L. 42. D. de fideiuſſor. L. 1. D. de contrab. emt.* S. BACHOVII Tr. de Actionib. Diſp. IV. Th. 23. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 6.

77) *Io.* Ge. FICHTNER Diſſ. de Franciscanorum actione. *Altdorfii 1727. 4.*

generaliter dicendum eſt, *eas res per hanc actionem peti, ſi quae ſint praeter pecuniam numeratam: ſive in pondere, ſive in menſura conſtent, ſive mobiles ſint, ſive ſoli.* Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etſi vectigalis ſit: ſive ius ſtipulatus quis ſit, veluti uſumfructum vel ſervitutem utrorumque praediorum.

Mehrere Rechtsgelehrten [78]) läugnen zwar, daß die condictio triticiaria gerade auf den Werth der Sache gehe. Sie glauben vielmehr, daß die aus Ulpian angeführte Stelle ſchon ſelbſt einen hinlänglichen Beweis enthalte, daß mit dieſer Condiction die ſchuldige Sache ſelbſt gefordert werde. Ueberdem bringe dies auch ſchon die Natur aller Klagen mit ſich, ſie ſeyen bonae fidei oder ſtricti iuris, daß wenn die ſchuldige Sache nicht mehr exiſtirt, ſtatt derſelben der Werth gefordert, und dieſer auch ſogar durch den Eid des Klägers beſtimmt werden könne [79]). Allein gienge die Klage auf Leiſtung der ſchuldigen Sache ſelbſt, ſo wäre ſie ja eine condictio certi. *Certi* enim *condictio*, ſagt Ulpian [80]), competit ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

Nun

78) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. P. I. Dec. LXXXIII. Err. 7. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XLVI. Th. 2. STRAUCH cit. Diſſ. Cap. II. Sect. III. §. 9. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. *Frid. Eſ. a* PUFENDORF Obſervation. iuris univ. Tom. II. Obſ. 41. §. 12. u. a. m.

79) *L. 5. §. ult. D. de in litem iur. L. 3. §. 2. D. Commodati.*

80) *L. 9. pr. D. de reb. credit.*

Nun ſagt Paulus [81]): *Certum* eſt, cuius ſpecies vel quantitas, quae in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque ſit, oſtenditur. Ulpian ſetzt aber die condictio triticiaria ausdrücklich der condictioni certi entgegen. Daher ſind die meiſten Rechtsgelehrten [82]) darin einverſtanden, daß die condictio T. eine condictio incerti ſey [83]). Denn in allen den Fällen, wo die Forderung des Klägers auf das Intereſſe, oder den Werth der Sache, oder aber auf ein gewiſſes Recht gerichtet iſt, iſt immer die Klage eine condictio incerti [84]). Eben daraus, weil die Klage auf den Werth der ſchuldigen Sache geht, läßt ſich auch nur erklären, warum ſie keine beſtimmte Geldſummen zum Gegenſtand haben könne. Es iſt auch endlich ganz unrichtig, daß Klagen aus ſtricti iuris Geſchäften auf Leiſtung des Werths ſchlechthin gerichtet werden könnten, wenn die ſchuldige Sache nicht mehr gegeben werden kann. Paulus [85]) lehrt ganz das Gegentheil, und Marcian [86]) läßt blos in einem beſtimmten Falle den Schä-

81) *L. 6. D. eodem.*

82) CUJACIUS Obſervat. Lib. VIII. cap. 2. *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris. Cap. 49. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 771. ſqq.) WESTENBERG De cauſis obligation. Diſſ. VII. Cap. 5. §. 17. ſqq. WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 7. und beſonders *de* COCCEJI de iure civ. controv. h. t. Qu. 1. Nr. III.

83) *L. 12. D. de novation.*

84) *L. 22. §. 1. L. 40. §. 1. L. 65. §. 6. D. de condict. indeb. L. 3. D. de condict. ſine cauſ. L. 8. pr. L. 20. D. de condict. furt. L. 75. pr. et §. 1—3. D. de verb. obligat.*

85) *L. 6. D. de iur. in lit.*

86) *L. 5. §. ult. D. eodem.*

Schätzungsgeld bey stricti iuris Klagen zu. Soviel ist freylich nicht zu läugnen, daß in der Klage die schuldige Sache selbst, so wie bey einer condictio certi, genau bezeichnet werden müsse; und dies ist es, was die *L.* 1. *D. h. t.* nennt, rem per hanc actionem peti. — Fundum per hanc actionem petimus. Allein nicht darum, daß der Beklagte die Sache zu geben verurtheilt werde, welche entweder jetzt gar nicht mehr existirt, oder dem Kläger wenigstens jetzt gar nichts mehr nützt; nein! der ganze Zweck und die Absicht des Klägers geht vielmehr dahin, daß ihm statt der Sache selbst der Werth derselben nach billigem Ermessen des Richters geleistet werde. Daher reden auch die *L.* 3. und 4. *h. t.* bloß von der Bestimmung des Werths [87]).

2) Die Condictio T. entspringt nicht bloß aus stricti iuris Geschäften, sondern sie kann auch aus einer jeden andern obligatio entstehen, vermöge welcher eine gewisse Sache zu prästiren ist, die eine Werthbestimmung zuläßt; die obligatio mag ex contractu, oder quasi ex contractu, oder aus einem Delict entspringen [88]). Daher concurrirt diese Klage auch mit andern Condictionen, sofern es auf Erstattung des Werths einer schuldigen Sache ankommt, ja sogar mit der condictio furtiva [89]).

3) Sie setzt jedoch voraus, daß die Principalklage, welche dem Kläger wegen der Sache selbst, deren Werth nun-

87) S. *van* WACHENDORFF cit. Diff. Cap. II. §. 7. pag. 258. in fin. et sq. und EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. not. v. T. II. pag. 225.

88) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

89) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

nunmehr gefordert wird, zustand, eine Personalklage sey. Denn kommt es bey dinglichen Klagen auf den Ersatz des Werths an, so hat die auf die Sache selbst gehende actio in rem Statt [90]).

4) Mit dieser Condiction kann man jedoch in der Regel nicht auf den Werth seiner eigenen Sache klagen. Denn dies erlaubte die bey den Condictionen überhaupt eingeführte Formel: *reum dare oportere*, nicht [91]). Es ist aber auch hier der Fall ausgenommen, da dem Eigenthümer eine Condiction gestattet wird. Wo nämlich wegen einer gestohlnen oder geraubten Sache die condictio furtiva angestellet werden kann, da kann auch der Werth derselben, sofern die Sache selbst nicht mehr existirt, mit der condictio triticiaria gefordert werden. Dies lehrt uns **Ulpian** *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo er sagt: Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causa, ex quibus potest, veluti *ex causa furtiva*, vel *vi mobili re abrepta.*

5) Da die condictio triticiaria keine ganz neue Klage, sondern nur eine adjectitia qualitas einer andern Hauptklage ist, so nimmt sie auch die Natur und Wirkung derselben an. Daher ist sie bald nach der Natur der bonae fidei, bald der stricti iuris Klagen zu beurtheilen, je nachdem die Hauptklage, mit welcher die schuldige Sache selbst zu fordern gewesen wäre, von dieser oder von jener Art ist [92]). Es muß nur aber immer

6) eine

90) VOET h. t. §. 1.

91) §. 14. *I. de Actionib.*

92) VOET h. t. §. 2.

6) eine gewisse Sache, welche jedoch in keiner bestimmten Geldsumme bestehen darf, den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachen. Denn besteht derselbe gleich anfangs in der Leistung des Werths einer Sache, so findet die condictio triticiaria nicht Statt, weil hier von einer Bestimmung des Werths nach richterlichem Ermessen keine Frage seyn kann, sondern auf denjenigen Werth geklagt wird, welchen die Sache zur Zeit der entstandenen Forderung hatte, ohne Unterschied, das Geschäft sey bonae fidei, oder stricti iuris, der Werth der Sache sey in der Folge gestiegen oder gefallen [93]). Folgende Gesetzstellen werden uns davon überzeugen, welche daher von der condictione triticiaria sorgfältig zu trennen sind.

L. 28. *D. de novationib.* Fundum Cornelianum stipulatus, *quanti fundus est*, postea stipulor: si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. etc. *In altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit.*

L. 37. *D. Mandati.* Hominem certum pro te dari fideiussi, et solvi. Cum mandati agatur, *aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet*: et ideo, etiamsi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est.

Derjenige, welcher für die Lieferung eines gewissen Sklaven sich verbürgt hatte, hatte den Sklaven auch wirklich gestellt. Hier konnte die Schadloshaltung des Bürgen blos

93) VOET h. t. §. 3. und *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. I. §. 4. et 5.

blos in dem Ersatz des Werths dieses Sklavens bestehen. Aber nach welchem Zeitpunkt war nun dieser Werth zu bestimmen? Natürlich war hier auf die Zeit zu sehen, da der Bürge den Sklaven für den Schuldner geliefert hatte. Denn erst jetzt entstand seine Forderung gegen den Schuldner, gegen welchen auch nun die actio mandati begründet war.

§. 844.

Auf welchen Zeitpunct hat der Richter bey Schätzung der Sache zu sehen? In wiefern kommt der Ort in Betrachtung?

Da die condictio triticiaria auf den Werth der schuldigen Sache geht, so kommt es nun bey dieser Klage hauptsächlich auf den Zeitpunkt an, nach welchem der Werth der Sache, welche hätte geleistet werden sollen, zu schätzen ist. Es sind hier besonders zwey Gesetzstellen dieses Titels merkwürdig, welche einander aber so entgegen streiten, daß sie uns eine Klippe darstellen, an welcher, wie Cujaz [94]) sich ausdrückt, fast noch jeder Richter, jeder Sachwalter, ja fast jeder Rechtsgelehrte gescheitert ist. Wir wollen versuchen, ob wir den Hafen glücklich zu erreichen im Stande sind. Diese beyden Gesetzstellen lauten folgendermassen.

L. 3. *D. b. t.* In hac actione si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod SERVIUS ait, *condemnationis tempus* spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, *mortis tempus*, sed ἐν πλάτει, secundum CELSUM erit spectandum. Non enim debet novissimum vitae tempus

94) Tract. ad Africanum VIII. ad L. 37. D. Mandati.

aeſtimari: ne ad exiguum pretium aeſtimatio redigatur in ſervo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, ſi poſt moram deterior res facta ſit, MARCELLUS ſcribit lib. 20. habendam aeſtimationem, *quanto* [95]) *deterior res facta ſit.* Et ideo, ſi quis poſt moram ſervum eluſcatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aeſtimatio.*

L. 4 *D. eodem.* Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita ſit, veluti vinum, oleum, frumentum: *tanti litem aeſtimandam*, CASSIUS ait, *quanti fuiſſet eo die, quo dari debuit.* Si de die nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur.* Idemque iuris in loco eſſe: ut primum aeſtimatio ſumatur eius loci, quo dari debuit: ſi de loco nihil convenit, is locus ſpectetur, quo peteretur. Quod de caeteris rebus iuris eſt.

Man erſtaunet, wie verſchieden hier die Meinungen der Rechtsausleger ſind, um dieſe beyden Fragmente des Ulpians und Cajus mit einander zu vereinigen, wenn man die Schriften und Commentare eines Cujaz [96]), Voet [97]), Donell's [98]), Anton Fabers [99]), Wilh. Bar=

95) Unſer Erlang. Pandecten=Codex lieſet hier richtiger *quanti*, womit auch Haloander übereinſtimmt.

96) Comm. ad L. 59. D. de Verb. Obligat. et Tract. VIII. ad Africanum L. 37. D. Mandati.

97) Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

98) Commentar. ad h. Tit. et LL. citt.

99) Conjecturar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 1. ſqq. et de Errorib. Pragmaticor. Dec. XVI. Err. 1. ſqq. Dec. LXXXIII. et LXXXV. Dec. LXXXVIII. Err. 9. ſqq. Dec. LXXXIX. Err. 1—3. et ad Codic. Lib. IV. Tit. 2.

Barclay [100]), Merill's [1]), Lyclama van Nyeholt [2]), Vinnius [3]), Charondas [4]), Masius [5]), Joh. Matth. Magnus [6]), Barthol. Chesius [7]), van Wachendorff [8]), Cocceji [9]), Westenberg [10]), Schulting [11]), Julius Pacius [12]), Johann Strauch [13]), Ulrich Huber [14]), Johann Heinrich Berger [15]), Arnold

100) Comm. ad L. 22. D. de reb. credit. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* T. III. pag. 867. sqq.)

1) Observation. Lib. III. cap. 34. et in Comm. ad L. 22. D. de reb. credit. (Tom. III. *Thes. Otton.* pag. 677.)

2) De ineunda rei aestimatione, lib. Commentar. ad L. 22. D. reb. credit. *Leoverdiae 1644.* 12.

3) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37.

4) Πειθανῶν s. Verisimil. Lib. I. cap. 12. (in *Thes. Otton.* T. I. pag. 710.)

5) Tract. de rei debitae aestimatione Part. III — V.

6) Ration. et Different. iuris civ. Lib. II. cap. 13. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 315. sqq.)

7) Different. iuris. Cap. 49. et 50. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 771. sqq.)

8) Diss. cit. Cap. 2. §. 8. sqq. in *Triad.* pag. 260. sqq.

9) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

10) Princip. iur. sec. ord. Dig. Lib. XII. Tit. I. §. 45 — 48.

11) Thes. controv. Dec. XLVI. Th. 3. et 4.

12) Ἐναντιοφαν. s. Legg. Conciliatar. Centur. III. Qu. 72.

13) Dissertat. cit. Cap. III. Sect. II. §. 4. sqq.

14) Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. sqq.

15) Diss. An in contractibus rerum fungibilium ex tempore morae praestanda sit aestimatio maxima. *Vitemb. 1703.*

Alex. Pagenstecher [16]), Fried. Esaias von Pufendorf [17]) und Emminghaus [18]) mit einander vergleicht. Alle die verschiedenen Erklärungen dieser Rechtsgelehrten hier darzustellen, und jede zu prüfen, würde meine Leser ermüden. Die Sache läßt sich weit besser ins Licht setzen, wenn wir die verschiedenen in beyden Fragmenten enthaltenen Fälle von einander absondern, und blos bey den einzelnen Fällen die abweichenden Ideen anderer berühren. Vor allen Dingen ist jedoch zu bemerken, daß hier von einer solchen Schätzung die Rede sey, welche nach dem gemeinen Werth officio iudicis geschiehet. Denn nur bey dieser läßt sich ein gewisser Zeitpunkt zum Maasstabe annehmen. Wir schließen also hier den Fall aus, wo der Werth einer Sache durch den Eid des Klägers bestimmt wird. Denn da in den Fällen, wo das iuramentum in litem Statt findet, der Kläger die ihm schuldige Sache nach seiner Affection und Willkühr schätzen kann, ohne gerade auf den Marktpreiß beschränkt zu seyn [19]); so läßt sich hier kein gewisser Zeitpunkt annehmen, wonach der Preiß bestimmt werden könnte. Mit Recht sagt daher Huber [20]): Quando veram dicimus aestimationem peti, excludimus ab hoc quaesito eam, quae fit per iusiurandum in litem, quae non secundum veritatem, sed pro affectione iurantis instituitur, et quae, cum in infinitum extendi queat, nulla temporis aut modi limitatione restringi pati-

16) Sicilim. ad *Lauterbachium*. Manip. IV.

17) Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 41. §. 14.

18) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. t.

19) *L. 1. L. 4. §. 2. L. 8. D. de in litem iur.*

20) Praelect. ad Pand. h. t. §. 4.

patitur; nec, etsi moderatio iudicis accedere possit, ea ex actis et probatis certo tempore vel modo usquam restricta legitur, sed eius prudentiae committitur. Viele sind zwar dennoch anderer Meinung, und glauben, daß auch selbst in dem Falle, da der Werth der Sache durch den Eid des Klägers zu bestimmen ist, ein gewisser Zeitpunkt zum Maasstabe anzunehmen sey, und zwar soll dieser nach einigen [21]) die Zeit der Verurtheilung seyn, andere [22]) hingegen wollen einen Unterschied gemacht wissen, ob von bonae fidei oder stricti iuris Klagen die Rede sey. In dem ersten Falle soll das tempus rei iudicatae der Zeitpunct seyn, bis zu welchem die Affection steigen kann, welche der Kläger eidlich zu erhärten im Stande ist; in dem letztern aber solle der Kläger bey der eidlichen Bestimmung des Werths der Sache an das tempus litis contestatae, als den Zeitpunkt, gebunden seyn, der nicht überschritten werden dürfe. Allein beyde Meinungen beruhen auf einer unrichtigen Erklärung jenes bekannten Ausspruchs des **Ulpians**, welcher bey Gelegenheit der actio commodati *L.* 3. §. 2. *D. Commodati* sagt: In hac actione, sicut in caeteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur: et *rei iudicandae tempus*, quan-

21) *Lud.* CHARONDAS Lib. I. Verisimil. cap 12. *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 3. D. h. t. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 41. §. 14.

22) *Corn. van* ECK Diss. de septem damnatis LL. Pandectar. s. crucibus ICtorum. Cap. I. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib XII. Tit. 1. §. 47. *Arn. Alex.* PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbachium* Manip. IV. und *van* WACHENDORF cit. Diss. Cap. II. §. 16.

ti res sit, obſervatur: quamvis in ſtricti [23]) *litis conteſtatae tempus* ſpectetur. Denn offenbar iſt hier von zwey Fällen die Rede, nämlich erſtens, wenn der Werth durch den Eid des Klägers, und zweytens wenn derſelbe officio iudicis beſtimmt wird, wie daraus ganz deutlich erhellet, weil die Geſetze das *quanti res eſt*, dem *iurare in litem* ausdrücklich entgegenſetzen [24]), bey dem letztern aber ein gewiſſer Zeitpunkt zum Maasſtabe der Schätzung darum unmöglich angenommen werden kann, weil die Geſetze dem Kläger *in infinitum* zu ſchwören erlauben [25]). Anton Faber [26]) hat dieſen Irrthum ſchon nach Würden gerügt, und ich hoffe keinen Tadel zu verdienen, wenn ich folgende Erklärung dieſes großen Civiliſten zu der meinigen mache. Quod ait ULPIANUS *d. L.* 3. §. *in hac. D. Commodati* proculdubio ſic accipiendum eſt, ut docere velit, duo eſſe in actione commodati, in quibus, ut in caeteris omnibus, ea actio conveniat cum aliis bonae fidei iudiciis: quorum unum illud eſt, quod in ea iuratur in litem, quemadmodum et in aliis, in quibus agit quis ad rem propriam contra doloſum repetendam: Alterum eſt, quod ſi quaeratur de re, quae petitur, non ab actore per iusiurandum in litem, ſed ab ipſo iudice aeſtimanda, quanti re vera ſit, rei iudicandae tempus ſpectatur, ut in caeteris bonae fidei iudiciis

23) So lieſet hier die Florentine. Baudoza hingegen hat in ſtricti iuris iudiciis. Haloander in ſtricti iuris; und unſer Erlanger Pandecten-Codex in ſtrictis iudiciis.

24) *L. 8. D. de in litem iur.*

25) *L. 4. §. 2. D. eodem.*

26) Conjecturar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 1. pag. 541.

ciis fieri solet, non litis contestatae, ut in strictis. In dieser lebhaften Ueberzeugung wird es daher gewiß Niemand dem großen Rechtsgelehrten verdenken, wenn er an einem andern Ort [27]), wo er ebenfalls vom Würderungseide handelt, sich auf folgende Art äussert: Cum quaerimus de re debita aestimanda per *iusiurandum in litem*, ridiculi et inepti sumus, si quaeramus, an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim aestimatio eiusmodi ex adfectione iurantis, cui si indulgere legislator nollet, non esset, cur ei iusiurandum deferre deberet.

Dieses nun vorausgeschickt, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I) Es ist der Nichterfüllung der Verbindlichkeit keine mora vorausgegangen, sondern sie hat vielmehr in einem Dolus oder Culpa des Verpflichteten ihren Grund, oder es ist sonst eine Ursache vorhanden, weshalb die schuldige Sache nicht geleistet werden konnte, ohne gerade den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreyen. Hier ist wieder darauf zu sehen,

1) ob eine Zeit bestimmt worden, da die schuldige Sache geleistet werden sollte, und dann ist die Sache nach dem Werthe zu schätzen, den sie zu dieser Zeit hatte, ohne Unterschied, die Zeit sey eine gewisse, oder eine ungewisse, welche einer Bedingung gleichgeachtet wird. Denn ehe und bevor dieser Leistungstermin eingetreten ist, kann die Sache nicht gefordert werden. Es ist auch hier gleichviel, ob ein genus oder eine species den Gegenstand der Verbindlichkeit

27) De Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVII. Err. 6.

ausmacht. Hierin sind alle römische Rechtsgelehrten einverstanden. Nicht nur Cajus lehrt dieses, wenn er *L.* 4. *D. h. t.* sagt: Si merx aliqua, *quae certo die dari debebat*, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem aestimandam, CASSIUS ait, *quanti fuisset eo die, quo dari debuit*; sondern mit ihm stimmen auch Julian, Celsus, Ulpian und Afrikanus, überein, wie aus folgenden Fragmenten erhellet.

L. 22. *D. de rebus credit.* Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, *cuius temporis aestimatio fieret*: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? SABINUS respondit, si dictum esset, *quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset.*

L. 11. *D. de re iudicata.* Si Calendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post calendas accepto iudicio, tanti aestimanda lis est, quanti interfuit mea, calendis id fieri: *ex eo enim tempore quicquid aestimatur, quo* [28]) *novissime solvi poterit.*

L. 59. *D. de Verbor. Obligat.* Quoties *in diem*, vel *sub conditione* oleum quis stipulatur: eius aestimationem eo tempore spectari oportet, *quo dies obligationis venit*: tunc enim ab eo peti potest: *alioquin alias rei captio erit* [29]).

L. 22.

28) Die Florentine liefet hier unrichtig *quod.*

29) Diese letzteren Worte haben den Auslegern viele Schwierigkeit verursacht. Franz Hotoman Quaestion. illustr. libro Qu. XVI. p. 127. will *alioquin alius rei pactio erit* lesen, und nun diesen Worten folgenden Sinn beylegen: Wollte man nicht auf den Zeitpunct sehen, da die Sache vermöge des Contracts gelei-

L. 22. *D. de obligat. et act.* Cum quis *in diem* mercem ſtipulatus, fideiuſſorem accepit: eius temporis aeſtimatio eſt praeſtanda, *quo ſatis accepit.*

In

geleiſtet werden ſollte, 'ſondern die Zeit der errichteten Stipulation bey Schätzung der ſchuldigen Sache zum Maasſtabe nehmen, ſo würde der Vertrag auf eine ganz andere Sache gehen, als welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht. Allein mit Recht verwirft dieſe unzeitige Critic van Wachendorf in Triad. Diſſertation. pag. 268. Er ſelbſt nimmt die Erklärung des Lyclama van Nyeholt an, welcher in ſeinem Tr. de ineunda rei aeſtimatione §. 35. pag. 131. das Wort *alias* in Beziehung auf das vorhergehende tunc durch alio tempore erklärt, und rei captio für acceptio oder adeptio olei nimmt, ſo wie man ſagt captio pignorum, captio honorum. Der Sinn der Worte ſoll alſo nach dieſer Erklärung der ſeyn: Die Schätzung der zu einer gewiſſen Zeit verſprochenen Sache muß nach dem Werthe geſchehen, den ſie zu dieſer Zeit hatte. Denn wollte man einen andern Zeitpunct zum Maasſtabe nehmen, ſo würde das eben ſo viel ſeyn, als wenn man die Sache zu einer andern Zeit fordern wollte, weil der Werth hier an die Stelle der Sache trete. Allein wer fühlt das Gezwungene bey dieſer Erklärung nicht? Das Wort *captio* heißt vielmehr in der Sprache der Klaſſiker ſoviel als fraus, oder deceptio. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Captio.* Das *rei* kommt auch nicht her von res, ſondern *reus*, und geht auf den Promittenten. Der Sinn der Worte Julians kann alſo wohl kein anderer, als folgender, ſeyn: Wollte man bey Schätzung der ſchuldigen Sache einen andern Zeitpunct annehmen, als den, da die Sache hätte geleiſtet werden ſollen, ſo würde dieſes zuweilen dem Schuldner zu großem Nachtheil gereichen, wenn ſich's nämlich gerade träfe, daß die Sache zur Zeit des eingetretenen Lieferungstermins einen geringern Werth hätte, als zu einer andern. So erklären dieſe Stelle auch *Iac.* CUJACIUS in Commentar. ad Tit. Dig.

de

In dieser letzten Stelle ist zwar nicht von dem Schuldner selbst, sondern von dem Bürgen die Rede. Man glaube indessen nicht, als ob bey dem letzteren ein anders Princip Statt finde, als bey dem erstern. Nach den Worten scheint es zwar, als ob bey jenem nicht auf die Zeit der schuldigen Leistung, sondern vielmehr der übernommenen Fidejussion zu sehen sey, besonders wenn man die Basiliken [30] damit vergleicht, in welchen diese Stelle folgendermaßen lautet: Ἐάν τις ἐπὶ φορτίῳ πρασίμῳ λάβῃ ἐγγυητήν, ἐκείνε τοῦ καιροῦ ἡ διατίμησις τοῦ φορτίε σκοπεῖται, καθ' ὃν ὁ ἐγγυητὴς προσελήφθη. i. e. *Si quis super merce venali fideiussorem acceperit, illius temporis aestimatio mercis spectatur, quo fideiussor adsumtus fuit.* Allein diese Erklärung würde gegen die bekantesten Rechtsgrundsätze anstossen, weil es eines Theils in dem Falle, da der Richter den Werth der schuldigen Sache bestimmt, nie auf die Zeit des Contracts ankommt, andern Theils aber die Verbindlichkeit des Bürgen, als eine blos accessorische, sich immer nach der Hauptverbindlichkeit des Schuldners richtet. Es ist deswegen aber nicht nöthig, die Worte des Fragments zu ändern, und mit Anton Faber [31]): *non quo satis accepit* zu lesen, oder mit Abraham Wieling [32]) die Worte

de Verb. obligat. h. L. *Hug.* DONELLUS in Comm. ad eund. Tit. et Leg. nr. 9. pag. 239. in fin. und POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLV. Tit. 1. Nr. CIX. not. c. pag. 312.

30) Lib. LII. Tit. 1. Const. 21. in *Ger.* MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. V. pag. 99.

31) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 10. und de Errorib. Pragmaticor. Decad. XVI. Err. 7.

32) Ad *Iac.* LABITTI Usum indicis Pandect. Cap. III. §. 39. not. q. in *Iurisprud. Restituta* Tom. II. pag. 69.

te per ellipsin zu erklären, als wenn geschrieben wäre: *de quo* oder *pro quo satis accepit.* Noch weniger kann dieses Fragment mit Johann Voet [33]), und Wilhelm Masius [34]) von der Schadloshaltung des Bürgen mittelst der actio mandati verstanden werden. Es ist vielmehr mit Cujaz [35]) und Janus A Costa, [36]) dem auch van Wachendorf [37]) beystimmt, der Fall anzunehmen, wo der Schuldner, nachdem schon der Termin zur Leistung eingetreten war, morae purgandae causa, einen Bürgen gestellt, und hierdurch eine neue Frist erwirkt hatte. Da hierdurch eine Novation geschiehet, so kann nun freylich nicht mehr auf die verstrichene Zeit, sondern nur auf diejenige gesehen werden, die jetzt dem Schuldner gestattet worden ist. Deswegen geschieht des temporis, quo satis accepit creditor, Erwähnung, nicht als ob gerade die Zeit der übernommenen Bürgschaft den Ausschlag geben sollte, sondern um die Zeit zu bezeichnen, auf welche der Bürge Zahlung zu leisten versprochen hat; und diese ist also die nämliche Zeit, da der Hauptschuldner die versprochene Sache leisten sollte, und darnach ist folglich auch bey dem Bürgen der Werth dieser Sache zu bestimmen. Hierauf läuft auch die Interpretation eines Doneau [38]), Barclay

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

34) Tr. de rei debitae aestimatione. P. V. cap. 12.

35) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 22. D. de obligat. et action.

36) Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos Locaque selecta iur. civ. ad L. 22. D. de O. et A. pag. 137. sqq.

37) Cit. Triad. Dissertat. pag. 275.

38) Comm. ad L. 59. D. de Verbor. Oblig. nr. 2. pag 235. sq.

clay [39]), Charondas [40]), Lyclama van Nyeholt [41]) und Giphan's [42]) hinaus.

So wären denn also in Rücksicht des ersten Falles, wenn nämlich zur Leistung der schuldigen Sache eine bestimmte Zeit war festgesetzt worden, fast die meisten Ausleger auf meiner Seite. Nur **Anton Faber** [43]) sondert sich durch eine eigene Ansicht von allen andern ab. Dieser glaubt, erstens, wenn die gesetzte Zeit ein dies certus ist, so sey die Sache prăcis nach dem Werthe zu schätzen, den sie zu dieser Zeit hatte, und es komme dann nicht weiter darauf an, der Schuldner möge in mora seyn, oder nicht. Ist aber die Zeit ein dies incertus, so unterscheidet er weiter, ob von bonae fidei oder stricti iuris Klagen die Rede ist; bey den letztern nimmt er den einzigen Zeitpunkt der Litis-Contestation zum Maasstabe der Werthbestimmung an, wenn auch übrigens der Beklagte in mora sich befinden sollte; bey den erstern hingegen will er darauf gesehen wissen, ob der Nichterfüllung der Verbindlichkeit eine mora vorausgegangen sey, oder nicht. In jenem Falle soll die Zeit der eingetretenen mora oder der Verurtheilung des Beklagten, je nachdem zu dieser oder jener Zeit der Werth der Sache größer war; in diesem aber die Zeit der Litis-

39) Comm. ad Tit. P. de reb. credit. ad L. 22. h. T. bey OTTO in *Th. Iur. Rom.* Tom. III. pag. 869.

40) Schol. ad Tit. Pand. de Verb. Obligat. ad L. 59. D. h. T. in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 829.

41) Tr. de ineunda rei aestimat. §. 49.

42) Lectur. Altorphin. ad Tit. Pand. de Obligat. et Action. eiusq. L. 22. pag. 580.

43) Conjecturar. Lib. XVI. cap. 1. sqq. et locc. supr. citt.

Litis, Contestation der entscheidende Zeitpunkt seyn, nach welchem die schuldige Sache geschätzt werden müßte. Allein von diesem Allen enthalten die angeführten Gesetzstellen nach einer richtigen Erklärung derselben nichts, bey den erkünstelten Erklärungen dieses Rechtsgelehrten will ich mich aber nicht weiter aufhalten, da schon Wilhelm Masius [44]) diese Meinung ausführlich widerlegt hat.

2) War kein Termin festgesetzt, so scheint es mir nach den darüber sprechenden Gesetzen vor allen Dingen darauf anzukommen,

a) ob ein genus, z. B. Getraide, Wein u. dgl. den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht. Hier ist bey der Bestimmung des Werthes auf die Zeit zu sehen, da die schuldige Sache gerichtlich oder aussergerichtlich von dem Gläubiger gefordert wird, und es kommt hier nicht weiter in Betrachtung, ob die Verbindlichkeit des Schuldners durch einen bonae fidei oder stricti iuris Contract begründet worden ist. Der Grund liegt theils in der Natur der Sache, weil es bey fungiblen Sachen nicht darauf ankommt, wie viel die Sache zur Zeit des Contracts gekostet hat, sondern blos die Frage davon ist, wieviel Geld es braucht, um jetzt eine Sache von der nämlichen Art und Güte anzuschaffen, als der Schuldner liefern sollte, aber nicht zu leisten vermochte; theils stimmen auch hierin die Gesetze vollkommen überein. Nicht nur Cajus sagt *L. ult. D. h. t. Si de die* nihil convenit, quanti tunc, *cum iudicium acciperetur* [45]); sondern auch Julian lehrt *L.* 22. *D.*

44) Cit. Tract. de rei debitae aestimat. Part. III. sqq.

45) Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß *iudicium accipere* bey dem Beklagten eben das heißt, was *litem contestari* bey

D. de reb. credit. nach Sabinus das nämliche, wenn er ſagt: Si dictum non eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc, *cum petitum eſſet.* Es iſt auch in beyden Stellen von einem genere debito die Rede. Daß dieſes Princip aber nur dann gilt, wenn auf Seiten des Schuldners noch keine mora vorhanden war, erhellet aus *L.* 37. *D. Mandati*, wo Afrikan ſagt: In ſtipulatione id tempus ſpectatur, *quo agitur*; niſi forte, aut per promiſſorem ſteterit, quo minus ſua die ſolveret, aut per creditorem, quominus acciperet: *etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.* Es iſt zwar eigentlich in dieſem Geſetz von einer ſpecies debita die Rede, nämlich von einem homine certo. Allein der angeführte Grund, daß Niemand aus ſeiner mora Nutzen ziehen dürfe, iſt allgemein, und lehrt uns, daß hier ſchlechterdings der Fall des Verzugs auszuſchließen ſey. Man möchte zwar einwenden, daß der Verpflichtete eben dadurch, wenn er zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit aufgefordert wird, in mora verſetzt werde. Ja Papinian lehre ausdrücklich *L.* 3. *pr. D. de Uſur.* Quod non facile evenire poſſit, ut, *mora non praecedente*, perveniatur ad iudicem. Allein daß deswegen doch nicht immer den Schuldner der Vorwurf eines Verzugs treffe, wenn er ſich verklagen läßt, ſagen klare Geſetze[46]). Denn ſo lange der Schuldner nicht überzeugt iſt,

bey dem Kläger. S. meine Opuſcula Faſcic. II. pag. 374. not. 84. In den *Baſilic.* Tom. III. pag. 572. heißt es ausdrücklich: πρὸς τὸν καιρὸν τῆς προκατάξεως, i. e. *ad tempus litis conteſtatae.*

46) *L.* 21. 22. 23. *pr.* *L.* 24. *et* 47. *D. de Uſur.* *L.* 63. *et* 99. *D. de div. reg. iuris.*

ist, oder nicht in den Rechten angenommen wird, er sey überzeugt, daß er etwas zu leisten habe, so lange darf er darüber Proceß führen [47]). Nur dann wird der Schuldner durch eine von dem Gläubiger geschehene Interpellation in mora versetzt, wenn man sagen kann, der interpellirte Debitor wolle lieber streiten, d. h. einen nach seiner eigenen Ueberzeugung faulen Proceß führen, als seine Verbindlichkeit erfüllen [48]). Daß hingegen bey der Bestimmung des Werths ein Unterschied zu machen sey, ob ein genus oder eine species den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmache, wird die Folge lehren. Es scheinen zwar die letztern Worte der *L.* 4. *D. h. t.* zu widerstreiten, welche so lauten: *Quod et de caeteris rebus iuris est.* Allein Cajus redet da, wo er sich dieser Worte bedient, nicht mehr von der Zeit, sondern von dem Orte, auf welchen bey der Bestimmung des Werths einer schuldigen Sache zu sehen sey, wie auch schon Masius [49]) sehr richtig bemerkt hat, ut proinde *Caius* velit, wie sich dieser Rechtsgelehrte ausdrückt, quod non solum in merce spectari debeat locus, quo dari debuit, vel quo peteretur, si de loco nihil convenisset, sed etiam in caeteris rebus. Quare cum diversus sit tractatus, cuius temporis aestimatio spectanda sit, a loci aestimatione, consequens sit, clausulam, quam in loci aestimatione *Caius* obtine-

re

47) *L. 79. pr. D. de iudic. L. 40. pr. D. de heredit. petit.* Schöman's Fragmente aus seinen civilist. u. crim. Vorlesungen. I. §. 13. S. 42. f.

48) *L. 82. §. 1. D. de Verb. Oblig.*

49) Tr. de rei debitae aestimat. P. III. cap. 8. nr. 4. pag. 139.

re voluit, non esse ad temporis aestimationem extendendam.

Noch muß ich, ehe ich zu einem andern Falle übergehe, einer besondern Meinung gedenken, welche Pagenstecher [50] und Berger [51]) zu vertheidigen suchen. Diese behaupten nämlich, wenn kein Leistungstermin festgesetzt worden, auch der Schuldner nicht in mora sey, so müsse auf die Zeit des Contracts gesehen werden. Allein aus den Gesetzen läßt sich diese Meinung nicht vollkommen rechtfertigen. Denn das Gutachten des Pomponius in der *L.* 3. *D. de rebus creditis*, worauf man sich beruft, gehört gar nicht hierher. Es ist darin von der Restitution eines Darlehns die Rede. Diese muß freylich in derselben Art und Güte geschehen, in welcher der Schuldner das Darlehn empfangen hat, der Werth mag unterdessen gestiegen oder gefallen seyn. Dies kann hier nicht in Betrachtung kommen. Ganz anders hingegen verhält es sich, wenn von der Vergütung des Werths einer schuldigen Sache die Rede ist. Dieser steigt und fällt nach Verschiedenheit der Zeit, ohne daß die Güte der Sache dadurch verändert wird. Da nun die Sache im Darlehn consumirt wird, so muß bey dessen Wiedererstattung nothwendig auf die Zeit des Contracts gesehen werden, um zu bestimmen, in welcher Art und Güte dasselbe zu restituiren sey. Eben so wenig beweißt der Ausspruch Ulpians in *L.* 41. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* wo er sagt: Quoties in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur. Es erhellet zwar daraus, daß der Gläubiger die schuldige Sache sogleich

50) Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV.

51) Cit. Diss. §. 19. sqq. Vol. II. *Selectar. Dissertation.* p. 1492. sqq.

sogleich zu fordern berechtiget sey, wenn kein Zahlungstermin bestimmt ist; allein daß bey der Bestimmung des Werths derselben blos auf das tempus contractus zu sehen sey, ist daraus nicht erweislich [52]). Noch weniger gehört endlich die *L.* 60. *D. de V. O.* hierher, wo Ulpian sagt: Idem erit, et si Capuae centum olei pondo dari quis stipulatus sit, nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum pervenire potuit. Denn hier ist von keiner obligatio pura die Rede, sondern von einem stricti iuris Contract, dem durch Uebereinkunft der Partheyen ein dies incertus stillschweigend ist beygefügt worden [53]). Dies ist unter andern der Fall, wenn ein Lieferungsort bestimmt worden ist. Denn hierin liegt die stillschweigende Uebereinkunft der Partheyen, daß die Sache in der Zeit geliefert werden soll, da es möglich seyn wird, sie an den bestimmten Ort hinzubringen. Justinian lehrt dieses mit ausdrücklichen Worten §. 5. *I. Verb. Obl.* wo er sagt: Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagine dare spondes? *Quae stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipsa* (sc. ex loco ad dandum constituto) *habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.* Et ideo, si quis Romae ita stipuletur, hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio; cum impossibilis sit repromissio. Kein Wunder, wenn nun auch bey Bestimmung des Werths der Sache

52) S. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 11. in *Triad.* pag. 294.

53) DONELLUS in Comm. ad Tit. D. de Verb. Obligat. ad L. 41. h. t. nr. 5—8.

auf diese von den Partheyen stillschweigend beygefügte Zeit Rücksicht genommen werden soll.

b) Ist die schuldige Sache eine Species, so ist wieder zu unterscheiden.

α) Die Verbindlichkeit entstand aus einem *stricti iuris* Contract. Auch hier soll nach dem Ausspruch eines Ulpianus, Afrikanus und Papinians auf den Werth gesehen werden, welchen die Sache zu der Zeit hat, da sie gefordert oder lis contestirt wird. Meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, sagt Papinian *L.* 28. *D. de novat.* praesens aestimatio, fundo petito, recte consideretur; und Afrikan, welcher von einem solchen Falle handelt, wo ein homo certus den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachte, auf dessen Werthbestimmung es ankam, giebt die Regel *L.* 37. *D. Mandati*: In stipulatione id tempus spectatur, *quo agitur*, und dieses bestätiget noch insonderheit Ulpian *L.* 3. §. 2. *D. Commodati*, wenn er sagt: Quanti res sit, in strictis iudiciis *litis contestatae tempus* spectetur. Der Grund hiervon liegt, wie Cujaz [54]) mit Recht bemerkt, in der eigenen Natur der stricti iuris Klagen, von welcher ich schon an einem andern Orte [55]) gehandelt habe.

β) Rührt hingegen die Verbindlichkeit aus einem bonae fidei Geschäft her, so sieht man auf die Zeit, da der Beklagte verurtheilt wird. Der Ausspruch Ulpians *L.* 3. §. 2. D. *Commodati*: In bonae fidei iudiciis *rei iudicandae tempus*, quanti res sit, observatur, läßt hierüber keinen

54) Comm. ad L. 59. D. de Verb. Obligat. ad verb. *Rei.*

55) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 310. S. 251. ff.

keinen Zweifel übrig. Wäre jedoch die Sache zu Grunde gegangen, so kommt es auf den Werth an, den sie zur Zeit ihres Untergangs hatte, weil hier der Richter die Sache, welche zur Zeit der Verurtheilung nicht mehr existirt, auch nicht zu schätzen im Stande ist. Es läßt sich dieses auch aus den Worten des **Ulpians** *L.* 3. *D. h. t.* schliessen, wo er sagt: Si vero desierit esse in rebus humanis, *mortis tempus* erit spectandum. Es versteht sich jedoch, daß der Verpflichtete an dem Untergange der Sache Schuld seyn müsse. **Pomponius** bemerkt dieses auch ausdrücklich, wenn er *L.* 23. *D. de Verb. Obl.* sagt: Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter post mortem eius tenearis mihi, *quam si per te steterit, quominus, vivo eo, eum mihi dares:* quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, *aut occidisti eum.* Den Grund dieses Unterschiedes zwischen bonae fidei und stricti iuris Geschäften erklärt **Joh. Matth. Magnus** (eigentlich LE GRAND) [56]) auf folgende Art sehr gründlich. Ratio differentiae strictorum et bonae fidei iudiciorum, sagt dieser Rechtsgelehrte, haec est, quod in illis stricta petitio est, et super ea petitione litis contestatio, et ex ea obligatio itidem stricta: et partes iudicis strictae, *an verum sit deberi*: et deberi eo ipso die, *quo petitur.* In his autem mitius agitur, nec strictum quid petitur: sed illud tantum, *quanti aequum est condemnari reum.* In illis petitur, quantum paruerit deberi, in his, quanti aequum est damnari. In illis sen-

56) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 14. bey MEERMAN Tom. III. pag. 317.

tentiae quantitas ab obligatione, in his obligatio et petitio ab ipsa sententia modum accipit.

II. Ist ein Verzug vorhanden, so war entweder

1) der Schuldner in mora praestandi. Hier muß der höchste Werth erstattet werden, den die schuldige Sache vom Anfange des Verzugs bis zur Verurtheilung des Schuldners hatte, und es kommt weiter nichts darauf an, die Verbindlichkeit zur Leistung rühre aus einer erlaubten oder unerlaubten Handlung des Verpflichteten, aus einem bonae fidei oder stricti iuris Geschäft her [57]). Zur Ueberzeugung werden folgende Gesetzstellen genügen.

a) *L.* 3. *D. h. t.* In hac actione, si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod SERVIUS ait, *condemnationis tempus* spectandum. — Si *post moram* deterior res facta sit etc. -- quare *ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.*

b) *L.* 8. §. 1. *D. de condictione furt.* Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur? Placet tamen, id tempus spectandum, *quo res unquam plurimi fuit:* maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur. *Semper enim moram fur facere videtur.*

Die-

57) STRAUCH Diss. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. sqq. PAGENSTECHER Sicilim. ad *Lauterbach.* Manip. IV. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XVIII. Th. 64. BERGER Diss. an in contract. rer. fungibil. ex tempore morae praestanda sit aestimatio maxima? §. 21. sqq. *van* WACHENDORFF cit. Diss. Cap. II. §. 15. und HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. B. §. 349.

Dieses Fragment ist eben so, wie die vorhergehende *L.* 3. *h. t.* aus **Ulpians** *libro* 27. *ad Edictum* genommen, und steht mit derselben in der genauesten Verbindung. **Ulpian** stellt hier den Grundsatz auf, der Dieb müsse den höchsten Werth der gestohlnen Sache ersetzen, wenn er die Sache selbst nicht unverletzt zurück zu geben vermag. Etwa als Ausnahme von der Regel? darum weil er Dieb ist? Nein! sondern weil der Dieb von dem Augenblick des begangenen Diebstahls an, auch ohne Aufforderung, in mora ist. Also dem Verzuge wird die Folge zugeeignet, daß dadurch der Werth der schuldigen Sache erhöht wird. Es ist daher ganz unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten [58]) diese Stelle blos auf eine solche mora beschränken wollen, welche durch einen Dolus oder Delict entstanden ist. Die Gesetze stellen vielmehr hierin beyde, den Dieb, und jeden andern morosen Schuldner einander gleich, wie uns Paulus [59]) lehrt; und es paßt auch der Grund, den Celsus [60]) anführt: *Ridiculum esse, meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti* (d. i. wegen der Zögerung in Erfüllung seiner Verbindlichkeit zur Restitution der Sache) auf jeden andern säumigen Schuldner vollkommen [61]).

58) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXXIV. Err. 8. unter den neuern besonders *Ad. Ignat.* TURIN Diss. de aestimatione quanti plurimi. *Erfordiae 1775.* §. 8. sqq. et §. ult.

59) *L. 83. §. 7. D. de Verb. Obligat.*

60) *L. 67. §. 2. D. de furtis.*

61) S. *van* WACHENDORFF Diss. de condict. triticiaria Cap. II. §. 15. und *Christ. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. et causar. damni praestandi. Cap. VI. §. 70.

c) *L.* 3. §. 3. *D. de actionib. emti et vend.* Si per venditorem vini *mora fuerit*, *quominus traderet*, condemnari eum oportet, *utro tempore pluris vinum fuit*, vel quo venit [62]), vel quo lis in condemnationem deducitur [63]).

d) *L* 21. §. 3. *D. eodem.* Cum per venditorem *ſteterit*, *qu minus rem tradat*, omnis utilitas emtoris in aeſtimationem venit, quae modo circa ipſam rem conſiſtit. Neque enim, ſi potuit ex vino puta negotiari, et lucrum facere, id aeſtimandum eſt, non magis quam ſi triticum emerit, et ob eam rem, quod non ſit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non ſervorum fame necatorum, conſequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis creſcat, ſi vinum hodie pluris ſit. Merito: quia ſive datum eſſet, haberem emtor, ſive non: quoniam ſaltem

62) Die meiſten Rechtsgelehrten wollen unter dieſem Ausdruck die Zeit des geſchloſſenen Contracts verſtehen. Allein dazu iſt keine Nothwendigkeit vorhanden. Richtiger erklärt ſie DONELLUS in Commentar. ad L. 22. D. de reb. credit. nr. 12. von der Zeit, da der Wein vermöge des Contracts übergeben werden ſollte. Auf gleiche Art nennt Pomponius den Ort der Uebergabe gleich nachher *locum*, *quo venit*. S. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. I. §. 6. in *Triade Diſſertation.* pag. 224. ſq.

63) Unrichtig verſteht LYCLAMA *van* NYEHOLT de ineunda rei aeſtimatione §. 68. pag. 332. ſq. dieſe Worte von der Zeit der Litisconteſtation. Offenbar ſoll dadurch die Zeit der richterlichen Verurtheilung angezeigt werden, wie *van* WACHENDORFF cit. loc. pag. 227. deutlich dargethan hat.

saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit [64]).

Die Regel, daß bey vorhandenem Verzuge der höchste Preiß einer schuldigen Sache, den sie vom Anfange des Verzugs bis zur richterlichen Verurtheilung des Schuldners hatte, zu vergüten sey, leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn die Sache eine Species ist, und diese vor der richterlichen Sentenz zu Grunde gegangen, oder deteriorirt worden ist. Denn da hier der Schuldner theils seine Verbindlichkeit gar nicht mehr erfüllen kann, theils nicht gehörig erfüllen würde, wenn er die deteriorirte Sache dem Gläubiger geben wollte [65]); so kann erster den höchsten Werth zu bezahlen verurtheilt werden, den die Sache vom Anfange des Verzugs an bis zu ihrem Untergange, oder Verschlechterung hatte. Daß hier nicht auf die Zeit der Verurtheilung gesehen werden kann, hat seinen ganz natürlichen Grund, weil der Werth einer Sache, welche zu Grunde gegangen oder deteriorirt worden ist, nicht mehr steigen kann. Ulpian bestätiget dieses auch ausdrücklich, wenn er *L.* 3. *D. h. t.* sagt: Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλατει [66]), secun-

64) Haloander liefet hier: quia si datum esset, hoc haberet emtor: quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.

65) *L. 84. § 4. in fin. D. de legat. I. L. 33. §. 1. D. de Solut.*

66) Der Ausdruck ἐν πλατει kommt öfters in den römischen Gesetzen vor. *L. 28. D de probat. L. 13. D. de Solut. L. 12. §. 2. D. Rem ratam haberi.* In der letzten Stelle heißt es: Hoc autem ἐν πλατει, id est, cum laxamento et amplitudine accipiendum, et cum spatio quodam temporis, nec minimo, nec

ſecundum CELSUM, erit ſpectandum. Non enim debet noviſſimum vitae tempus aeſtimari: ne ad exiguum pretium aeſtimatio redigatur in ſervo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, *ſi poſt moram deterior res facta ſit*, MARCELLUS ſcribit libro 20. habendam aeſtimationem, *quanto deterior res facta ſit.* Et ideo, ſi quis *poſt moram* ſervum eluſcatum dederit, nec liberari eum. *Quare ad tempus morae in his erit reducenda aeſtimatio.* Da übrigens das Geſetz in Abſicht auf die Beſtimmung des Werths keinen Unterſchied macht, ob die mora des Schuldners ex re oder durch Interpellation entſtanden ſey; ſo hat es wohl an ſich keinen Zweifel, daß einer auch nur durch eine auſſergerichtliche Interpellation entſtandenen mora eben die Wirkung, wie einer gerichtlichen, beyzulegen ſey. **Lyclama van Nyeholt**[67]) iſt zwar anderer Meinung, allein ohne hinlänglichen Grund. Denn nirgends erfordern die Geſetze eine gerichtliche Interpellation, wenn jene Wirkung des Verzugs eintreten ſoll. Vielmehr ſagt **Marcian**[68]) ganz allgemein: *Mora* fieri intelgitur non ex re, ſed *ex perſona*: id eſt, *ſi interpellatus opportuno loco non ſolverit.* Quod apud iudicem examinabitur. Nam difficilis eſt huius rei definitio. DIVUS quoque PIUS reſcripſit: an mora facta intelligatur, neque conſtitutione ulla, neque iuris auctorum quaeſtione decidi poſſe, cum ſit magis facti, quam iuris.

Auch

nec maximo, et quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi poſſit. S. *Iac.* CURTII Εἰρηξῶν Lib. I. cap. 18. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. V. pag. 112.)

67) De ineunda rei aeſtimatione. §. 56.

68) *L. 32. pr. D. de Uſur.*

Auch Pomponius [69]) ſtimmt damit überein, wenn er ſagt: Si ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter poſt mortem eius tenearis mihi, quam ſi per te ſteterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, *ſi aut interpellatus non dediſti*, aut occidiſti eum. Und die meiſten neuern Rechtsgelehrten [70]) ſind darin einverſtanden, daß auch wegen einer auſſergerichtlichen mora eine aeſtimatio quanti plurimi Statt habe. Viele behaupten indeſſen, daß auch im Falle einer vorhandenen mora zu Folge der römiſchen Geſetze ein Unterſchied zwiſchen bonae fidei und ſtricti iuris Geſchäften zu machen ſey. Nur bey jenen ſoll die oben angegebene Regel Statt haben; bey den letztern hingegen ſey die Litisconteſtation derjenige Zeitpunct geweſen, bis zu welchem der Richter den höchſten Werth habe beſtimmen können. So lehrt Voet [71]): Quod ſi non aeſtimatio, ſed res principaliter obligatione comprehenſa fuerit, generalem puto regulam ſervandam eſſe, quae inter bonae fidei ac ſtricti iuris iudicia diſtinctionem ponit ac vult, in bonae quidem fidei iudiciis *rei iudicandae* ſeu *iudicatae tempus* obſervandum eſſe, quanti res ſit, ſeu tunc valeat; in iis vero, quae ſtricti iuris ſunt, *tempus litis conteſtatae*: L. 3. §. 2. D. Commod. non eo ſenſu,

69) *L. 23. D. de Verb. obligat.*

70) STRAUCH Diſſ. de condict. tritic. Cap. III. Sect. II. §. 9. et 10. VINNIUS Select. iuris Quaeſt. Lib. I. cap. 39. circ. fin. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. Except. 1. *van* WACHENDORFF cit. Diſſ. Cap. II. §. 13. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVI. Th. 37. WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praeſtandi. §. 69.

71) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

ſenſu, quaſi praeciſe illud litis conteſtatae, vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedens, ſpectandum eſſet; *nam ſi mora praeceſſerit*, dubium non eſt, quin fruſtratio moratori, et non alteri obeſſe debeat; ac propterea, ſi inter moram et litem conteſtatam remve iudicatam res pluris valuerit, quam ipſo litis conteſtatae vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore morae ad tempus litis conteſtatae *in ſtricti iuris*, aut rei iudicatae *in bonae fidei iudiciis*, damnandus foret: *L.* 37. *in fin. D. mandati. L.* 3. *in fin. D. b. t.* ſic ut *tempus morae* ſit veluti terminus, a quo incipit aeſtimationis ratio haberi; et *tempus litis conteſtatae* vel *rei iudicatae* ſit terminus ad quem. Eben ſo lehren **Vinnius** [72]), **Huber** [73]), **Pothier** [74]), **Böhmer** [75]), **Hofacker** [76]) und **Thibaut** [77]). Allein die oben für den Fall eines auf Seiten des Schuldners vorhandenen Verzugs angeführten Geſetze kennen dieſen Unterſchied nicht. Es iſt auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzuſehen, warum die mora bey ſtricti iuris Geſchäften eine andere rechtliche Wirkung gehabt haben ſollte, als bey denen, welche bonae fidei ſind. Hierzu kommt, daß **Papinian** *L.* 3. §. 1. *D. de Uſuris* ſagt: In his quoque iudiciis, quae non

72) Selectar. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 39.

73) Praelect. ad Pand. h. t. §. 7.

74) Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 1. Nr. LXXXI. not. a. pag. 530.

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 49.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. § 1749.

77) Syſt. des Pand. Rechts. 1. B. §. 103.

non ſunt arbitraria, nec bonae fidei, *poſt litem conteſtatam actori cauſa praeſtanda eſt* (ohne Zweifel alſo auch der an die Stelle der Sache tretende Werth) *in eum diem, quo ſententia dicitur.* Noch ausführlicher hat dieſe Meinung ſchon Oſius Aurelius [78]) widerlegt. Nun läßt ſich noch

2) der Fall gedenken, da der Gläubiger in mora accipiendi iſt. Hier kann er nur den geringſten Werth verlangen, den die Sache ſeit ſeiner Zögerung hatte. Pomponius ſagt *L.* 3. §. 4. *D. de actionib. emti venditi.* Quod ſi per emtorem mora fuiſſet, aeſtimari oportet pretium, *quod ſit, cum agatur, et quo loco minoris ſit;* und Cujaz [79]) begleitet dieſe Stelle mit folgendem Commentar: *Haec Lex indicat, ſi per creditorem mora fuerit, quominus acciperet, utro tempore minoris res fuerit; id tantum conſequetur, ut ſi morae initio minoris fuerit, et pluris litis conteſtatae tempore, referetur aeſtimatio ad tempus morae, non ad tempus litis conteſtatae.* Er ſchließt mit der allgemeinen Bemerkung: *Et haec non tantum ita procedunt in condictione triticaria ex mutuo, vel ex ſtipulatu, ſed etiam ex cauſa furtiva, vel rerum amotarum, et ex alia qualibet cauſa. Conſtat enim ex omni cauſa condictionem triticariam dari.*

Da die Preiſe der Sachen nicht blos nach Verſchiedenheit der Zeiten, ſondern auch der Orte ſehr differiren, ſo iſt bey der Beſtimmung des Werths einer ſchuldigen Sache

78) Diſpunctor ad *Merillium*, ſeu de variantibus *Cujacii* Interpret. Diſpunct. XXII. (in *Theſ. Otton.* Tom. III. pag. 751.)

79) Ad *African.* Tract. VIII. ad L. 37. D. Mandati circa fin.

Sache zugleich auf den Ort zu sehen; und zwar ist der Werth entweder nach dem Preiße zu bestimmen, den die Sache an dem verabredeten Ort der Lieferung, oder den sie an dem Orte hat, wo darauf geklagt wird. Hierüber ist kein Streit, da die Gesetze dieses deutlich bestimmt haben. Sowohl Julian sagt *L.* 22. *D. de reb. credit.* Interrogavi, *cuius loci pretium sequi oporteat?* Respondit, si convenisset, *ut certo loco redderetur*, quanti *eo loco* esset: si dictum non esset, *quanti ubi esset petitum*; als auch Cajus *L.* 4. *D. h. t.* Idemque iuris *in loco* esse: ut primum aestimatio sumatur eius loci, *quo dari debuit*: si de loco nihil convenit, is locus spectetur, *quo peteretur.*

Ueber den heutigen Gebrauch der condictio triticiaria sind die Practiker nicht einig. Einige, unter denen man uns den Mornac, Bachov und Grönewegen nennt, bezweifeln ihn gänzlich, und dieser Meinung ist auch Böhmer [80]). Warum? Quia apud nos stricti iuris negotia et actiones non dentur. Allein wer sieht nicht, daß hier eine unrichrige Idee von der Natur dieser Klage zum Grunde liegt? Den Namen der Klage wird man zwar heutzutage nicht leicht in den Gerichten mehr hören, weil er eigentlich nur Beysatz einer andern persönlichen Hauptklage war, und jetzt überhaupt nicht mehr auf die Bezeichnung der Klage durch ein Kunstwort gesehen wird. Allein deswegen läßt sich doch der Gebrauch dieser Klage nicht läugnen, da wegen Nichtleistung aller Arten von Sachen, nur bestimmte Geldsummen ausgenommen, noch jetzt auf den Werth geklagt werden kann, der Beklag-

te

80) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 50. et 51.

te sey in mora, oder nicht [81]); und der Richter muß noch jetzt die nämlichen Grundsätze, welche das römische Recht ihm vorschreibt, bey Schätzung der geklagten Sache anwenden. So urtheilen auch Schilter [82]), Huber [83]), Stryk [84]), Merenda [85]), van Wachendorff [86]), und Leyser [87]), denen von Cocceji [88]) mit Recht beystimmt. Man wendet zwar ein, daß jetzt aus der Natur eines jeden Geschäfts auf das Interesse geklagt werden könne [89]). Allein man übersehe hier nicht, daß Interesse und Werth

81) Ein treffendes Beyspiel, wo es dem Schuldner zuweilen unmöglich ist, die Sache selbst zu leisten, ohne deswegen in mora zu seyn, und daher der Gläubiger sich, statt derselben, den Werth gefallen lassen muß, enthält *L. 71. §. 3. D. de legat. I.* wo Ulpian sagt: Qui confitetur, se quidem debere, iustam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est: utputa, si aliena res legata sit, negetque dominum eam vendere, vel immensum pretium eius rei petere adfirmet: *aequissimum est enim, concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare.* Vergleiche noch damit *L. 11. §. 17. D. de legat. III.*

82) Prax. Iur. Rom. Exercit. XXIV. §. 61.

83) Praelect. ad Pand. h. t. §. 13.

84) Us. Mod. Pand. h. t. §. 2.

85) Controvers. iuris Lib. XIII. cap. 20. nr. 11.

86) Diss. de condict. tritic. Cap. II. §. 17.

87) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CL. medit. 1—3.

88) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Eundem* not. b. Tom. II. pag. 227.

89) S. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 276. a. E.

Werth der Sache von einander zu unterscheiden sey [90]). Die Klage kann Statt finden, ohne daß auch nur entfernt von einem Interesse die Frage ist. Man setze, es sey dem Schuldner unmöglich, ein empfangenes Darlehn in gleicher Art und Güte zu restituiren. Hier kann nicht condictione certi ex mutuo, sondern es muß mit der condictione triticiaria auf den nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Werth der Sache geklagt werden [91]). Ein Formular zu dieser Klage giebt Schmidt [92]).

90) *L. 193. D. de Verb. Signif.* Haec verba: *Quanti eam rem paret esse*, non ad id, *quod interest*, sed *ad rei aestimationem* referuntur.

91) *L. 22. D. de reb. credit.* S. den 12. Th. dieses Commentars §. 783. S. 91.

92) Lehrbuch von Klagen §. 1393.

Lib. XIII. Tit. IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

§. 845.

Gründe, Begriff, und Ursprung dieser Condiction.

Die *condictio de eo quod certo loco* setzt voraus, daß Jemand Etwas an einem bestimmten Ort zu geben schuldig sey. Nach der Regel des strengen Rechts darf in diesem Falle die Leistung an keinem andern, als dem verabredeten Ort, wider den Willen des Gläubigers, geschehen [93]). Es darf aber auch der Schuldner an keinem andern Ort auf die Leistung belangt werden [94]). Denn keiner Parthey darf der Vortheil entzogen werden, welcher ihr aus der Leistung an dem bestimmten Ort erwächst. Dieser Vortheil kann besonders bey Waaren und Geldern sehr erheblich seyn, weil die Erfahrung lehrt, daß solche nicht überall einen gleichen Werth und Cours haben [95]). Wenn nun

93) *L. 9. D. h. t.* Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.

94) *L. 1. D. eodem.* Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere.

95) *L. 3. D. eodem.*

nun aber dennoch die schuldige Leistung an dem bestimmten Orte nicht erfolgte, es sey nun, daß der Schuldner sich daselbst nicht einfand, oder der Gläubiger ausblieb; so kann die Leistung zwar auch an einem andern Orte gefordert werden, jedoch mit Vergütung des dem andern Theil dadurch zugefügten Schadens. Allein mit welcher Klage? Hier ist nun der Unterschied sehr merkwürdig, den das Römische Recht zwischen zweyseitigen bonae fidei Contracten, und solchen Geschäften macht, vermöge welcher eigentlich sonst nichts gefordert werden dürfte, als was unmittelbar in dem Wesen des Geschäfts liegt, wofern nicht der Strenge des Rechts durch einen die aus demselben entspringende Klage erweiternden Beysatz könnte abgeholfen werden. In jenem Falle genügt dem Kläger die reine Contractsklage zu seinem Zweck. Denn bey solchen bonae fidei Geschäften kann der Richter dem Kläger alles zuerkennen, was nicht nur dem Wesen des Geschäfts, sondern auch der Billigkeit gemäß ist [96]). Daher sagt Paulus *L.* 7. *D. h. t.* In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, *ut certo loco quid praestetur*, ex emto vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio. In dem letztern Falle hingegen reicht die aus dem Geschäft entstehende Klage für sich zur Befriedigung des Gläubigers nicht hin. Man setze z. B. die Zahlung sey an einem bestimmten Ort durch Stipulation, oder durch ein constitutum versprochen; oder es sey Geld auf eine solche Art dargeliehen worden, daß die Rückzahlung an einem be-

96) §. 30. I. *de action.* L. 31. pr. D. *Depositi.* L. 11. §. *ult.* *et* L. 50. D. *de action. emti et venditi.* L. 54. pr. D. *Locati.* L. 1. D. *de Usur.* L. 7. D. *de negot. gest.*

bestimmten Ort geschehen solle; oder ein Testirer hätte zur Auszahlung des Vermächtnisses einen gewissen Ort festgesetzt. Nach der Strenge könnte in allen diesen Fällen nur an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt werden. An einem andern zu klagen, und das Interesse des Orts zu verlangen, erlaubt die Natur des Geschäfts, und der daraus entstehenden Klage nicht. Der Einrede der plus petitio wäre daher hier nicht auszuweichen. Nach dieser Strenge würde es denn aber auch dem Schuldner ein Leichtes gewesen seyn, die Klage des Gläubigers nach Gefallen zu vereiteln. Er dürfte sich nur an dem Zahlungsorte nie treffen lassen. Dieser Unbilligkeit kam man nun dadurch zuvor, daß man dem Gläubiger erlaubte, in solchen Fällen den Schuldner auch an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, zu belangen. Es mußte nur der eigentliche Zahlungsort in der Klagformel angegeben, und übrigens dem Arbitrium des Richters überlassen werden, das Interesse des Orts zu schätzen [97]). Hierdurch bekam denn die Hauptklage einen Beysatz, der ihr den Namen *condictio de eo, quod certo loco* gab. Es verdienen hier folgende Stellen als classisch bemerkt zu werden.

a) §. 33. *I. de actionib.* Loco plus petitur: veluti cum quis id, *quod certo loco sibi dari stipulatus est*, alio loco petit, *sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari*

 stipu-

97) Nach HOTOMANN in Comment. ad §. 30. Instit. de actionib. pag. 470. soll die Klagformel so gelautet haben: *Aio te mihi Ephesi centum dare oportere: sed hoc loco mihi satis erit, quod arbitro videbitur*; das Decret des Prätors aber zur Instruction des Richters (formula iudicii) nach BACHOV in Tract. de Actionib.

ſtipulatus eſt: verbi gratia, ſi is, qui ita ſtipulatus fuerit, *Epheſi dari ſpondes?* Romae pure intendat ſibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur: *quia utilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione.* Propter quam cauſam, alio loco petenti *arbitraria actio* proponitur: *in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quae promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit* [98]). Quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quae per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus ſub iisdem uſuris foenerantur. Si quis tamen Epheſi petat, id eſt, eo loco petat, quo, ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit: idque etiam Praetor monſtrat, ſcilicet, quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori.

b) THEOPHILUS in Paraphraſi graeca ad h. §. nach der lateiniſchen Verſion des Wilhelm Otto Reitz: *Loco plus petitio* committitur, veluti ſi, quod mihi debetur *in certo loco* ſolvendum, *in alio loco* petiero, *non facta mentione*

nib. Diſſ. VII. P. II. Th. 1. in fin. *Si paret, Titium decem Epheſi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore ſolviſſe, iudex ex arbitrio tuo condemna.*

98) So leſen Haloander, Baudoza, Hugo a Porta, Hotomann, Vinnius, Charondas u. Baptiſta de Tortis. Allein Cujaz, Otto, und Van de Water, haben die letzten Worte: *quo ſe ſoluturum ſpopondit*, nicht. Sie fehlen auch in der Nürnberger Ausgabe des Anton Kobergers vom Jahr 1486. f.

mentione loci, in quo mihi debitum ſolvendum erat: velut in huiusmodi ſpecie; ſic a te ſtipulatus fui, *Spondesne mihi dare Epheſi ſolidos C?* Quantum ex iure civili non poſſum a te alio loco petere, niſi in urbe Epheſo: namque extra Epheſum a te petens, *loco plus peto.* Si enim Romae inveniaris, egoque *pure* tecum agam, id eſt, *mentionem Epheſi haud faciens*, introducitur *plus petitio.* Sed quoniam evenire poterat, ut nunquam a te petere liceret, eo quod Epheſum non venires, atque ego te convenire nequirem, neque Epheſi, quia ibi non invenireris, neque extra Epheſum propter plus petitionem, idcirco Praetor huiusmodi actionem excogitavit: *nam mihi facultatem dedit etiam extra Epheſum degenti adverſus te agere, dum tamen mentionem Epheſi faciam, et plus petitionem effugiam.* Si enim Romae tecum agam, dicens; S*i appareat, adverſarium mihi dare oportere Epheſi ſolidos C.* non videor plus petere; ſi autem pure, id eſt, *mentione Epheſi non facta*, plus petitio introducitur: namque id quod intereſt, et lucrum, quod promiſſor adepturus erat, ſi Epheſi ſolviſſet, illi adimo: fortaſſis enim facilis ei erat Epheſi pecuniae ſolutio, difficillima autem extra Epheſum: neque eum extra Epheſum in C. ſolidos condemnari oportet: nam deducendum eſt tantum ex C. ſolidis, quantum damni facit extra Epheſum ſolvens. Forte enim Romae debitum ſolvere coactus, viginti impendit ſolidos ad comparandam ſibi ſummam, quam mihi dari oportuit: ideoque non in C. ſed in LXXX. condemnatur: quum vero Epheſi mentionem nullam facio in lite, agens extra Epheſum, quoniam id ago, ut in C. condem-

netur ſolidos, (namque pura intentio explorationem eius, quod intereſt, tollit) ea propter plus peto.

c) *L.* 1. *D. h. t.* Alio loco, quam in quem ſibi dari quisque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultas competere: ſed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet, (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario diſtringeretur), non poſſe ſtipulatorem ad ſuum pervenire, ideo viſum eſt, *utilem actionem* in eam rem comparare.

d) *L.* 2. §. 1. *D. eodem.* Haec autem actio ex illa ſtipulatione venit, ubi ſtipulatus ſum a te, *Epheſi decem dari.*

e) *L.* 5. *D. eodem.* Si *heres* a teſtatore iuſſus ſit, *certo loco quid dare*, arbitraria actio competit:

f) *L.* 6. *eod.* Aut *mutua pecunia* ſic data fuerit, *ut certo loco reddatur.*

g) *L.* 16. §. 1. *D. de pecunia conſtit.* Sed et *certo loco* et tempore conſtituere quis poteſt, nec ſolum *eo loci* poſſe eum petere, *ubi ei conſtitutum eſt: ſed, exemplo arbitrariae actionis, ubique poteſt.*

h) *L. un. Cod. Ubi conveniat. qui certo loco dare promiſit.* Qui *certo loco ſeſe ſoluturum pecuniam* obligat, ſi ſolutioni ſatis non fecerit: *arbitraria actione et in alio loco poteſt conveniri*, in qua venit aeſtimatio, quod alterutrius interfuerit, ſuo loco prius, quam in eo, in quo petitur, ſolvi.

Aus

Aus allem ergiebt sich also, daß die *condictio de eo quod certo loco* eben so, wie die condictio triticaria, eine actio adiectitiae qualitatis sey, vermittelst welcher eine Zahlung, die an einem bestimmten Ort geschehen sollte, auch an einem andern, als dem bestimmten Ort, jedoch mit Berücksichtigung des Interesse, je nachdem sein oder der andere Theil dadurch verliert, daß die geklagte Zahlung nicht an dem bestimmten Ort geleistet worden, nach richterlichem Ermeßen in einem solchen Falle gefordert werden kann, wo die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Klage für sich dazu nicht hinreicht, wenn nämlich der eigentliche Zahlungsort in der Klage angegeben wird [99]). Fast alle halten diese Klage ihrem Ursprung nach für eine prätorische, welche ihren Namen von den Anfangsworten des Edicts erhalten haben soll; und dieses Edict glaubt Noodt [100]) aus den Fragmenten unsers Titels auf folgende Art glücklich restituirt zu haben: *De eo, quod certo loco dari oportet ex stipulatu, si alio petatur, facta mentione eius, quo debetur, actionem dabo; ut quanti*

99) Von dieser Klage handeln vorzüglich *Iac.* CUJACIUS Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. D. h. t. *Hug.* DONELLUS Comm. ad h. Tit. Pand. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad eund. Tit. (*Oper.* pag. 924. sqq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. *Ger.* NOODT ad h. Tit. (*Oper.* Tom. II. pag. 305. sqq.) *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 14—18. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 280. sqq.) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XC. et Dec. XCI. Err. 1—6. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de actionib. Disputat. VII. P. II. pag. 81. sqq. und *Io.* STRAUCH Diss. de condictione de eo, quod certo loco dari oportet. *Ienae 1671.*

100) Comm. ad Pand. h. t. pag. 306.

ea res erit, tanti arbitrio iudicis restituetur. Allein die Klassiker gedenken in ihren Fragmenten dieses Edicts mit keinem Wort. Nur Justinian in der oben angeführten Stelle der Institutionen erwähnt bey dieser Klage den Prätor, und sein Paraphrast, Theophilus, will es allein wissen, daß der Prätor dieselbe eingeführt habe.

§. 846.

Erforderniße der *condictio de eo quod certo loco.* Inwiefern findet sie gegen den Bürgen Statt? *L. 8. D. h. t.*

Um nun noch näher zu bestimmen, wenn die *condictio de eo quod certo loco* eigentlich Statt habe, so ist Folgendes zu bemerken.

1) Es muß zur Leistung einer schuldigen Sache ein Zahlungsort ausdrücklich festgesetzt seyn. Daher fällt diese Klage weg, wenn Jemand in der Meinung, daß er Etwas an einem bestimmten Ort zu leisten schuldig sey, eine Nichtschuld bezahlt hat. Die Zurückforderung kann hier, der irrigen Meinung des Zahlenden ungeachtet, an jedem andern Orte geschehen, wo ein Gerichtsstand des Empfängers begründet ist, ohne daß die condictio indebiti eines weiteren Beysatzes, wegen des Zahlungsortes, bedarf; wie Paulus lehrt, wenn er *L.* 27. *D. de condict. indeb.* sagt: Qui, *loco certo debere existimans*, indebitum solvit, *quolibet loco repetet*: non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur [1]).

2) Es

1) E. MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 15. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. Vergleiche auch den 6. Theil dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 516. S. 302. u. f.

2) Es muß an einem andern Ort geklagt werden, als an welchem die Zahlung geschehen sollte. Wird also an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt, so findet die condictio de eo quod c. l. nicht Statt, sondern es wird die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Klage direct angestellt, gesetzt auch, daß mehrere Zahlungsörte alternativisch wären bestimmt worden. Nur dann, wenn weder an dem einen, noch dem andern Ort, sondern an einem dritten geklagt wird, ist die *condictio de eo quod certo loco* nöthig. Hier muß aber dem Schuldner nach Befinden der Umstände das Interesse wegen des Zahlungsorts vergütet werden [2]). War hingegen der Schuldner in mora, so verliert er das ihm sonst bey alternativen Verbindlichkeiten gebührende Wahlrecht, und es geht solches nunmehr auf den Gläubiger über, welcher jetzt nicht nur unter mehreren alternativ bestimmten Zahlungsorten wählen kann, wo er klagen will, sondern auch, wenn etwa nach dem Unterschied der Orte auch die Gegenstände der Verbindlichkeit alternativisch wären bestimmt worden, unter diesen nothwendig die Wahl haben muß, wenn sein Klagerecht nicht vereitelt werden soll. Es sind hier folgende Stellen zu bemerken.

a) *L.* 2. §. 2. *D. b. t.* Si quis *Ephesi decem*, aut *Capuae bominem* dari stipulatus experiatur, non debet, detracto altero loco, experiri: ne auferat loci utilitatem reo.

b) §. 3.

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 2. in *Operib.* pag. 924. MAGNUS Ration. et Different. iuris. Lib. I. cap. 16. (Tom. III. *Thes. Meerman.* pag. 283.) und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. Tit. Nr. VIII. not. f. pag. 383.

b) §. 3. *eiusd. L.* 2. *h. t.* SCAEVOLA *libro* 15. *Quaestionum* ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate: sed quid debeat, esse in eius arbitrio; an debeat, non esse. Et ideo cum quis [3]) Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt: caeterum ubi alter decessit, extingui eius electionem; ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promisit *Ephesi* aut *Capuae*, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio an debeat. Quare putat

3) Die Leseart ist hier sehr verschieden. In der Florentine heißt es *cum qui*, welches aber keinen rechten Sinn hat. Daher verwandelt Anton Faber in Rational. in Pand. ad h. L. mit Hülfe einer in der florentinischen Handschrift sehr gewöhnlichen Gemination wegen des Buchstaben S. mit welchem sich das folgende Wort anfängt, das qui in *quis*. So lesen auch die Elzevirischen Ausgaben. Allein Baudoza, Hugo a Porta, und Gothofredus haben eum, qui, statt *cum quis*. Dieser Leseart geben Russard, und Charondas den Vorzug. Unser Erlanger Pand. Codex hat gar, statt eum, *locum*, und schließt damit die vorhergehende Periode, so daß mit den Worten: *Qui Stichum* eine neue Periode angeht. Dies giebt aber vollends keinen richtigen Sinn. Haloander weicht von allen andern Lesearten ab. Er liest so: *et ideo nec locum esse*, und schließt auch damit die Periode. Die Worte: *Qui Stichum* machen den Anhang der folgenden Periode aus. Die florentinische Leseart nach der Faberschen Emendation ist unstreitig die vorzüglichste. Bey Russard sind daher die Worte *qui Stichum* auf folgende Art zusammengezogen: *quiStichum*.

putat, posse ab eo peti altero loco, et sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit SCAEVOLA, petitorem electionem habere, ubi petat: reum, ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

Dem aufmerksamen Leser dieser beyden Stellen kann nicht entgehen, daß die vom Ulpian in §. 2. vorgetragene Meinung, mit der des Scävola im §. 3. nicht übereinstimme. Schon die Glossatoren waren daher bemüht, diesen Widerspruch zu heben. Rogerius kam auf die Gedanken, Ulpian trage im §. 2. nicht seine eigene Meinung, sondern die Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten vor, welche er nachher §. 3. aus Scävola widerlege. Accursius hingegen verwarf diese Erklärung geradezu als falsch, und stellt dagegen den Grundsatz auf, daß auch bey einer alternativen Bestimmung mehrerer Zahlungsorte dem Schuldner die utilitas loci nicht entzogen werden könne, wenn gleich der Gläubiger nur an einem der genannten Orte klagen sollte. Nam licet actor, sagt er, in locis habeat electionem, habet tamen ob hoc solum, ne sit in rei arbitrio, an debeat: non ob hoc, ut reus, in altero loco conventus, alterius loci non praetendat utilitatem. Dies scheint ihm der Sinn des §. 2. zu seyn, worin also nach seiner Erklärung Ulpian seine eigene Meinung vortrage. Die Worte *detracto altero loco* paraphrasirt er daher so: detracta utilitate alterius loci, quam haberet reus, si ibi solveret. Wenn es nun §. 3. heiße: *posse*

ab

ab eo peti altero loco et sine loci adiectione; so wolle dieses nur soviel sagen, der Schuldner könne bey einer alternativen Bestimmung mehrerer Zahlungsorte an einem von beyden geradezu belangt werden, und zwar darum, weil er entweder hier oder dort Zahlung zu leisten versprochen hat. Allein dagegen hat schon Anton Faber [4]) sehr gründlich erinnert, daß es einen offenbaren Widerspruch enthalte, wenn nach §. 2. dem Kläger die Wahl unter mehreren alternativisch bestimmten Orten aus rechtlicher Nothwendigkeit eingeräumt wird, und derselbe gleichwohl nach §. 1. für sein Wahlrecht dem Beklagten das Interesse des Orts zu vergüten schuldig seyn soll. Unter den neuern Rechtsgelehrten haben viele jene Stellen dadurch zu vereinigen gesucht, daß sie den §. 2. von dem Falle verstehen, wenn von mehrern alternativisch bestimmten Zahlungsorten weder an dem einen, noch dem andern, sondern an einem dritten Ort geklagt wird; den §. 3. aber von dem Falle erklären, da der Gläubiger an einem der bestimmten Zahlungsorte klagt [5]). Allein die Worte: *Quare et in proposito* in Verbindung mit den letzten Worten des §. 3. beweisen klar, daß Ulpian den im §. 2. vorgetragenen Fall im §. 3. verfolge. Die Erklärung des Rogerius, welcher auch Anton Faber [6]) und Gerhard Noodt [7]) den

4) Rational. in Pand. ad §. 2. L. 2. D. h. t.

5) *Iul.* PACIUS *Εναντιοφαν.* seu Legg. Conciliatar. Centur. IV. Qu. 30. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. T. cap. 2. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. VIII. not. f. pag. 283. u. a. m.

6) Cit. loc. pag. 463.

7) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 308.

den Vorzug geben, ist daher wohl unstreitig die richtigste. Ulpian trägt wahrscheinlich im §. 2. die Meinung einiger ältern Rechtsgelehrten vor, welche behaupteten, daß derjenige, welcher sich stipulirt hätte, es solle ihm entweder zu Ephesus eine bestimmte Summe Geld, oder zu Capua ein Sklave gegeben werden, nicht präcis an dem einen Ort auf Leistung dessen klagen können, was ihm daselbst zu geben versprochen worden ist; sondern er müsse alternativ klagen, so wie es die Stipulationsformel mit sich bringe, damit dem Schuldner nicht der Vortheil in Ansehung des Zahlungsortes benommen werde. Daß der §. 2. wirklich nur eine bloße Meinung enthalte, welche in dem §. 3. widerlegt und berichtiget wird, sieht man auch daraus, weil in den Basiliken [8]) der §. 2. ganz weggelassen, und blos das Resultat des §. 3. in dieselben aufgenommen worden ist. Jene Meinung hatte nun zwar für sich, daß bey alternativen Verbindlichkeiten immer die stillschweigende Uebereinkunft zum Grunde liegt, vermöge welcher dem Promittenten die Wahl zustehen solle [9]). Allein Ulpian billiget dennoch diese Meinung nicht. Er wendet aus Scävola's Quästionen (ein neuer Beweis, daß hier von Widerlegung einer entgegengesetzten Meinung die Rede sey [10])) sehr richtig ein, daß jener Entscheidungsgrund keine untrügliche Regel enthalte. Denn nicht immer hänge dasjenige, was in einer Stipulation stillschweigend liegt, schlechterdings von der

8) S. Tom. III. pag. 573.

9) *L. 10. §. ult. D. de iure dot. L. 95. pr. D. de solut.*

10) Denn die *libri Quaestionum* der alten röm. Rechtsgelehrten enthielten blos Erörterungen controverser civilistischer Rechtsfragen. S. OTTO in Papiniano Cap. XII. §. 1. pag. 362.

der Macht des Schuldners ab, weil es sonst in seiner Willkühr beruhen würde, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen wolle, oder nicht; sondern jener Satz müsse so eingeschränkt werden, daß es bey einer alternativen Verbindlichkeit zwar in der Macht und Willkühr des Schuldners stehe, was er leisten, aber nicht, ob er leisten wolle. Man sehe dies auch aus folgendem Beyspiele ganz klar. Wenn Jemand den Sklaven Stichus oder Pamphilus zu geben versprochen hat; so könne zwar der Schuldner wählen, welchen von beyden er geben will, aber doch nur so lange, als beyde am Leben sind. Stirbt also der eine, so falle nun die Wahl weg, und, der noch übrig ist, müße jetzt schlechterdings gegeben werden. Denn wollte man auch in diesem Falle noch das Wahlrecht des Schuldners gelten lassen, so könnte er leicht sagen, er hätte den verstorbenen Sklaven gewählt, und sich auf solche Art nach Willkühr seiner Verbindlichkeit entledigen. Auf gleiche Art verhalte sich nun auch die Sache in dem oben §. 2. vorgetragenen Falle, (in proposito) wenn weder an dem einem noch an dem andern Ort die Leistung erfolgt ist. Denn sollte jetzt noch dem Schuldner die Wahl freystehen, so würde er immer dem Kläger entgegensetzen können, er wolle an dem andern Orte Zahlung leisten, und so würde denn am Ende die ganze Leistung blos von seiner Willkühr abhängen. Es ist demnach eine nothwendige Folge, daß man nunmehr dem Kläger die Wahl überlasse, nach seinem Gefallen an einem von beyden Orten auf Leistung der daselbst versprochenen Sache zu klagen. Es ist auch nun gar nicht nöthig, in der Klage des andern Ortes weiter zu gedenken. Denn es wäre in der That lächerlich, dem Beklagten, nach der Meinung des Accursius, wegen des etwa entzogenen Vortheils in Rücksicht

ficht des Zahlungsortes ein Interesse zuzuerkennen, da es von seiner Macht und Willkühr abhing, dem Kläger durch zeitige Leistung der schuldigen Sache zuvorzukommen. Daher ist die Klage hier keine andere, als die aus dem Geschäft selbst entspringende directe Klage. Nam utilitas loci nunquam aestimatur, sagt Anton Faber, nisi ex aequitate, cum *arbitraria* agitur, non autem cum in eo ipso loco, in quo dari res debuit. Der Zweck der ganzen Erörterung geht nun dahin, zu zeigen, daß bey einer alternativen Bestimmung mehrerer Zahlungsorte die condictio de eo quod certo loco wegfalle, wenn an einem der bestimmten Zahlungsorte selbst geklagt wird. Denn hier hat der Gläubiger die Wahl, wo er klagen will. Dem Schuldner steht die Wahl, wo er Zahlung leisten will, nur so lange frey, als es noch nicht zur Klage gekommen ist. Ist mit der alternativen Bestimmung der Zahlungsorte auch eine Alternative in Ansehung des zu leistenden Objects festgesetzt, wie in dem oben §. 2. vorgetragenen Falle; so kommt zwar dem Kläger auch in Ansehung des letztern die Wahl zu, doch nur in sofern, als das Object an den Ort gebunden ist. Er kann also, wenn er z. B. zu Ephesus klagt, nur die daselbst versprochene Summe Geld fordern, nicht aber alternativ auf das Geld oder den Sklaven klagen, welcher zu Capua gegeben werden sollte. Es ist dieses, wie Ulpian noch am Schluß bemerkt, eine nothwendige Folge der gemischten Alternative mehrerer Orte und Sachen. Non enim potest, sagt daher Faber ganz recht, eligere stipulator locum Ephesi ad petendum, quin hoc ipso cogatur eligere decem, quae Ephesi dare debitor promisit, aut locum Capuae, quin hominem petere debeat, non decem. Ein Anderes wäre,

wenn

wenn der Gläubiger an einem dritten Ort klagen wollte. Dies kann er, wenn weder an dem einen noch dem andern die Zahlung erfolgte. Hierzu reicht nun aber freylich die directe Klage nicht hin, sondern es muß die Condiction gebraucht werden, und zwar muß hier der Gläubiger alternativisch klagen, mit Angabe der Orte, wo das Eine oder das Andere hätte geleistet werden sollen, damit dem Beklagten die Wahl bleibe. Es kommt aber auch hier zugleich das Interesse in Anschlag, je nachdem der eine oder andere Theil durch die Abänderung des Zahlungsortes Schaden leidet. Mit Recht sagt daher **Voet** [11]). Si tamen extra duo loca, promissioni alternatim adjecta, actor alibi petere velit, utriusque loci mentionem fieri necesse est, immo et utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cuius velit loci et rei aestimationem considerari, ut secundum eam iudex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori praestandum sit.

c) *L. 4. D. h. t.* Quodsi Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.

Daß es auch nach diesem Gesetz die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Hauptklage selbst sey, welche an dem Zahlungsorte angestellt wird, ist daraus klar, weil hier gesagt wird, daß mittelst derselben weiter nichts, als die schuldige Summe allein, gefordert werden könne. Denn Klagen

11) Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

Klagen aus den Geschäften des strengen Rechts gehen nicht auf das Interesse. [12]) Ulpian fügt jedoch zwey Ausnahmen hinzu 1) wenn sich der Gläubiger auf den Fall, da die Zahlung nicht dem Versprechen gemäß erfolgen würde, ausser der schuldigen Hauptsumme noch Etwas anderes ausdrücklich stipulirt hat; z. B. Zinsen, oder eine Conventionalstrafe. 2) Wenn eine Zahlungszeit ist festgesetzt worden, und die Zahlung nicht prăcis zu dieser Zeit erfolgt ist. Hier kann selbst mit der actione ex stipulatu geradezu auf das Interesse wegen des Verzugs geklagt werden. [13]) Dies wird hier temporis utilitas genannt. Cujaz [14]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt nämlich, daß durch die adjectio temporis eben so wohl, wie durch die Bestimmung eines Zahlungsorts die aus dem Geschäft entspringende directe Klage in eine actio arbitraria verwandelt werde. Eben dieses behaupten auch Janus a Costa [15]), Emund Merill [16]), und Joh. Matth. Magnus [17]) wenigstens in dem Falle, wenn mit dem Zahlungsort zugleich eine gewisse Zahlungszeit verbunden worden ist. Z. B. es war stipulirt: Ephesi *Calendis Ianuariis proximis* decem dari. Hier

12) *L. 38. §. 7. D. de Usuris. L. 3. C. eodem.*

13) *L. 114. D. de Verb. Obligat.* Si fundum *certo die* praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus *ea die* praestetur: *consecuturum me, quanti mea interfit, moram facti non esse.* Man sehe auch *L. 11. D. de re iudic.*

14) Tract. ad Africanum ad L. 8. D. h. t.

15) Commentar. ad §. 33. I. de Actionib.

16) Observation. Lib. IV. cap. 19.

17) Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 18. (bey MEERMAN Tom. III. pag. 287.)

Hier müße propter utilitatem temporis mit der actione arbitraria auch an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt werden. Allein diese Meinung läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Denn nicht die bloße Bestimmung eines Zahlungsortes macht die aus dem Geschäft entstehende Hauptklage schon zu einer actio arbitraria, sondern die Condiction ist nur dann nöthig, wenn an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, geklagt wird. Hier muß das officium iudicis eintreten, damit keinem Theile die utilitas loci entzogen werde. Wie kann also die adjectio temporis die Klage des Hauptgeschäfts in eine actionem arbitrariam verwandeln, wenn an dem bestimmten Zahlungsorte selbst geklagt wird? Das Interesse wegen des Verzugs wird ja hier nicht officio iudicis zuerkannt, sondern es muß dem Kläger iure obligationis geleistet werden. Ferner da hier die Klage so lange als unstatthaft verworffen werden muß, so lang die Zahlungszeit noch nicht verstrichen ist [18]); so könnte ja die actio directa nie Statt haben, wenn die Klage, welche der Gläubiger jetzt nach Ablauf der Zahlungszeit anzustellen hat, die actio arbitraria oder utilis ist. Mit Recht haben daher Anton Faber [19]), Anton Schulting [20]), Joh. Voet [21]), Reinhard Bachov [22]), und

18) *L. 38. §. 16. L. 42. L. 118. §. 1. D. de Verbor. Obligat. §. 33. I. de actionib.*

19) Rational. in L. 4. pr. D. h. t. pag. 475. sqq. und besonders Conjecturar. iuris civ. Lib. XV. cap. 3.

20) Thes. controversar. Decad. XLVI. Th. 5.

21) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

22) Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIII. Thes. VI. Lit. D. pag. 898.

und Johann Jacob Wissenbach [23]) jene Meinung des Cujaz und seiner Anhänger verworffen.

Es giebt also keine *condictio de eo quod certo tempore*, sondern nur eine *condictio de eo quod certo loco.* Et dissimilitudinis ratio apertissima est, sagt Anton Faber [24]) sehr scharfsinnig, *quia tempus in tempore continetur, non etiam locus in loco.* Nam qui *Ephesi* petit, quod *Romae* dari debuit, proculdubio *alio loco* petit. At qui petit *Calendis Februariis*, quod praecedentibus *Ianuariis* iam solvi debuit, non *alio tempore* petit, *quam quo debitum sit:* quoniam, quod *Calendis Ianuariis praeteritis* debitum fuit, multo magis debetur *Februariis sequentibus.* Ibique sicuti arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo solo induci, quod certo loco solvi debuerit, nisi illud etiam accedat, *ut alio, quam destinato loco, agere creditor velit*; ita absurdum est dicere, arbitrariam competere ob id tantum, *quod stipulationi dies adiectus sit*, si non illud quoque concurrat, *ut alio tempore petatur, quam quo debetur*; *quod ipsum tamen contingere nunquam potest.* Nam creditor, si *ante diem* petat, *male agit*, cum dies adiiciatur pro reo, non pro stipulatore [25]).

3) Es muß in der Klage der eigentliche Zahlungsort angegeben werden, weil sonst dem Kläger die exceptio

23) Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXVI. Th. 12. pag. 279. sq.

24) Conjectur. iur. civ. c. l. pag. 486.

25) *L. 41. §. 1. D. de Verb. Oblig. L. 50. D. de obligat. et act. L. 17. D. de Reg. iur.*

plus petitionis loco entgegenstehen würde [26]). Durch diesen Beysatz erhält die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Hauptklage den Beynamen der *condictio de eo quod certo loco*, und die besondere Eigenschaft, daß wenn sie nun an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, angestellt, und übrigens dem Richter die Bestimmung des Interesse wegen des Orts überlassen wird, die Klage nicht als unstatthaft verworffen werden kann. Es ist daher die *Condictio de eo quod certo loco* nicht sowohl eine neue Klage, als vielmehr nur eine adiectitia qualitas der aus dem obligatorischen Geschäft entspringenden Hauptklage, und wird deswegen auch in den Gesetzen *actio utilis* [27]) genennt, welcher Ausdruck immer eine gewisse Hauptklage voraussetzt. Heineccius [28]) erklärt sich hierüber sehr richtig, wenn er sagt, Quemadmodum enim creditor contra debitorem, Ephesi solvere obligatum, Ephesi agit *condictione certi ex mutuo*, *ex stipulatu*, *actione de constituta pecunia*: ita extra Ephesum cum debitore agit *ex mutuo*, *stipulatu*, *constituta pecunia*, *de eo quod certo loco*. Hierin sind auch, bis auf Anton Faber [29]), alle einver-

26) §. 33. *I. de actionib.*

27) *L. 1. in fin. h. t. Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. sagt: *Utilis* vocatur, quoniam ex directo summoque iure actio competere non potest, propter naturam contractus, qui stricti iudicii est, in qua suppleri non potest id, quod a contrahentibus expressum non est. At expressum est, ut solvat debitor Ephesi. Sed haec subtilitas iuris civilis neglecta est, propter aequitatem, et comparata est *actio utilis.*

28) Elem. iuris civ. sec. ord. Pandect. h. t. §. 87.

29) Conjectur. iur. civ. Lib. XV. cap. 2. und de Errorib. Pragmaticor. Decad. XCI. Err. 5.

einverstanden, dessen Meinung aber schon von Bachov [30]) gründlich widerlegt worden ist. Wenn nun also die *condictio de eo quod certo loco* die besondere Eigenschaft hat, daß vermittelst derselben eine schuldige Leistung an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, gefordert werden kann; so entsteht die Frage, ob deswegen die Klage überall, wo sich der Schuldner treffen läßt, wider denselben angestellt werden könne, wenn er auch sonst diesem Forum nicht unterworffen wäre? Bartolus behauptete dieses wirklich. Ihm folgte auch Anton Faber [31]), doch nicht sowohl aus dem Grunde, den erster anführt, nämlich, weil der Schuldner wegen das ihm zu vergütenden Interesse in Rücksicht des eigentlichen Zahlungsorts keinen Schaden leide; sondern weil derselbe, wenn kein Zahlungsort bestimmt wäre, überall belangt werden könnte, wo er angetroffen wird. Allein beyde irren sehr, wie schon Reinhard Bachov [32]) zur Genüge gezeigt hat. Wie irrig Fabers Hypothese sey, beweißt der Ausspruch Ulpians, welcher *L.* 19. §. *ult. D. de iudiciis* sehr nachdrücklich sagt: Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, *utrobique* posse conveniri, et hic et ibi. In der That würden die Worte: *si in provincia habuit domicilium*, ein

30) Tract. de Actionib. Disput. VII. P. II. Th. 2. Man s. auch VOET h. t. §. 1. in fin. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 33. I. de action. FRANTZKE Commentar. ad Pand. h. t. nr. 8. und THIBAUT Syst. de P. R. 1. B. §. 96.

31) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XC. Error. 7.

32) Tr. de Actionib. Disput. VII. P. II. Th. 4. pag. 89. sqq.

ganz überflüssiger und ungereimter Zusatz seyn, wenn jene Meinung Grund hätte, wie auch Voet [33]) sehr richtig bemerkt hat. Zwar ist nicht zu läugnen, daß einige Stellen des römischen Gesetzbuchs dieselbe zu begünstigen scheinen. Denn so sagt Papinian *L.* 43. *D. de iudic.* Eum, qui insulam Capuae fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, *quocunque loco* agere posse in id, quod interest, constat. Eben so Paulus in der bereits oben vorgekommenen *L.* 27. *D. de condict. indeb.* Qui loco certo debere existimans, indebitum solvit, *quolibet loco* repetet. Wollte man auch etwa gegen diese Stellen einwenden, daß hier nicht von der actione arbitraria, sondern directa die Rede sey; so scheint wenigstens Ulpian keinen Zweifel übrig zu lassen, wenn er *L.* 16. §. 1. *D. de pecunia constit.* lehrt: Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi ei constitutum est: *sed, exemplo arbitrariae actionis, ubique potest.* Demohngeachtet läßt sich eine so ausdehnende Erklärung nicht annehmen, als die Worte auszudrücken scheinen. Denn würde es nicht ein offenbarer Widerspruch, ja die größte Ungereimtheit seyn, wenn durch Bestimmung eines gewissen Zahlungsortes nunmehr der Gläubiger eine ausgedehntere Befugniß erhalten haben sollte, als er in dem Fall, da kein Zahlungsort bestimmt ist, gehabt hätte, da doch, durch Beyfügung desselben, offenbar die Absicht war, die Befugniß des Gläubigers in Rücksicht auf den Gerichtsstand des Schuldners zu beschränken? Man erwäge ferner nur die Absicht der Einführung unserer Condiction. Diese gieng, wie Cajus *L.* 1. *D. h. t.*

33) Comment. ad Pand. h. t. §. 5.

d. t. lehrt, blos dahin, damit nach der Natur der stricti iuris Geschäfte die daraus entspringende Klage nicht vereitelt werden möchte, wenn sich etwa der Schuldner an dem bestimmten Zahlungsorte nie treffen ließe. Es soll also der Gläubiger durch die ihm zum Besten gegebene actio utilis blos in den Stand gesetzt werden, worin er sich befunden hätte, wenn kein Zahlungsort wäre beygefügt worden. Denn hätte aber der Gläubiger den Schuldner doch nur in seinem ordentlichen Gericht belangen können [34]). Es können demnach die in den oben angeführten Gesetzstellen vorkommenden Ausdrücke: *quocunque loco*, *quolibet loco*, *ubique*, nach der Rechtsanalogie blos auf solche Orte beschränkt werden, wo nach den allgemeinen Regeln des Civilrechts der Gerichtsstand des Beklagten begründet ist, wie, ausser Bachov, auch Wissenbach [35]), Perez [36]), Schulting [37]), Doneau [38]), Duaren [39]), Westenberg [40]), Lauterbach [41]), Cocceji [42]), und Wernher [43]) jene Stellen

34) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sit ita.* Tom. II. Oper. pag. 307.

35) Exercitat. ad Pand. Disput. XXVI. Th. 10.

36) Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 18. nr. 1.

37) Thes. controversar. Decad. XLVI. Th. 6.

38 Commentar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 19. §. *Maiorem dubitationem.* pag. 996.

39) Comment. ad h. Tit. cap. 4. pag. 926.

40) Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 18.

41) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

42) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

43) Lectiss. Commentation. in Pand. P. I. h. t. §. 7.

ganz richtig erklären. Viele [44]) wollen jedoch behaupten, daß die Condictio de eo quod certo loco blos in foro domicilii des Schuldners anzustellen sey. Andere [45]) hingegen rechnen auch noch das forum contractus hierher. Allein gegen diese letzte Meinung haben schon mehrere [46]) nicht ohne Grund erinnert, daß ja an dem bestimmten Zahlungsort der Gerichtsstand des Contracts begründet werde [47]), folglich die daselbst anzustellende Klage nicht die actio arbitraria, sondern vielmehr directa sey. Denn ist zur Erfüllung des Contracts ein gewisser Ort bestimmt, so kommt der Ort, wo der Contract geschlossen worden ist, in keine weitere Betrachtung. [48]) Da jedoch ein Römer, ausser seinem Wohnort in der Provinz, auch zu Rom, als der communis omnium patria [49]), so wie an dem Ort, der

44) NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. STRAUCH Dissertation. ad univ. ius Iustin. Diss. XVII. §. 3. THOMASIUS in Schol. ad *Huberi* Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. LUDOVICI Doctr. Pandect. h. t. §. 4. und besonders HEINECCIUS in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 88.

45) BACHOV. c. l. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 69. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 10. VINNIUS Commentar. ad §. 33. I. de Actionib. nr. 1. ad verb. *Alio loco petenti.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 1. in Resp. ad Schol. WISSENBACH c. l. BERGER Resolution. LL. obstant. h. t. Qu. un. u. a.

46) MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. e. LAUTERBACH c. l. §. 13. in fin. HEINECCIUS c. l. §. 88. not. *. WERNHER cit. loc.

47) *L.* 21. *D. de obligat. et actionib.*

48) *L.* 3. *D. de rebus auct. iud. possid.* S. den 6. Th. dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 516. S. 296.

49) *L.* 33. *D. ad municipalem.* NOODT Commentar. ad Dig. Lib. V. Tit. 1. pag. 153.

der für sein besonderes Vaterland gehalten wurde, belangt werden konnte, wenn er daselbst gegenwärtig war [50]); so läßt sich das quocunque loco, und ubique in den oben angeführten Gesetzstellen nun sehr wohl erklären.

4) Die *condictio de eo quod certo loco* hat nicht eher Statt, als wenn die Hauptklage an dem bestimmten Zahlungsorte hätte angestellt werden können. Nun lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

a) Es ist ein gewisser Zahlungstermin bestimmt. Hier kann nicht eher geklagt werden, als bis dieser Termin völlig abgelauffen ist. [51])

50) *L. 29. D. ad municipal.* S. den 6. Th. dieses Commentars und dessen 1. Abth. §. 511.

51) §. 33. *I. de Actionib.* §. 2. *I. de Verb. obligation. L. 42. L. 46. pr. D. eodem.* Der Gläubiger ist auch in einem solchen Falle, da die Zahlung, der Uebereinkunft zu Folge, nach Ablauf einer bestimmten Zeit an einem dritten Ort geschehen soll, das Geld vor der Zeit an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsorte, anzunehmen nicht schuldig, weil ihm der Vortheil des bedungenen Orts nicht entzogen werden darf. *L. 122. pr. D. de Verb. Obligat.* S. MAGNUS Ration. et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. Tom. III. *Thes. Meerman.* pag. 281. sq. und DUARENUS in Comm. ad L. cit. 122. D. de Verb. Obl. *Oper.* pag. 774. Wäre nicht zugleich Ort und Zeit bestimmt, sondern die letztere allein festgesetzt, so kann der Schuldner, wenn er will, auch vor dem Ablauff der Verfallzeit Zahlung leisten. *L. 50. D. de obligat. et act. L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. in fin. D. de Verb. Oblig.* S. den 4. Th. dieses Commentars und dessen 2. Abth. §. 335. S. 485.

b) Es ist keine gewisse Zeit zur Leistung festgesetzt worden. Hier muß dem Schuldner wenigstens soviel Zeit gestattet werden, als in seiner Lage und nach seinen Umständen erforderlich ist, um an den Zahlungsort hinzureisen. Ein solcher Zeitraum ist immer stillschweigend in einer solchen Stipulation begriffen, vermöge welcher Jemand an einem dritten Ort etwas zu leisten versprochen hat, weil Niemand zu etwas Unmöglichen verpflichtet werden kann.[52]) Früher ist die Klage ganz unstatthaft. Es gehören hierher folgende Stellen.

a) *L.* 2. §. 6. *D. h. t.* Qui ita stipulatur: *Ephesi decem dari*, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, *perperam ante diem agi*: quia et JULIANUS putat, *diem tacite huic stipulationi inesse.* Quare verum puto, quod JULIANUS ait, eum, qui Romae stipulatur, hodie Carthagine dari, inutiliter stipulari.

Gerhard Noodt[53]) erklärt diese Stelle von der condictione de eo quod certo loco. Gesetzt aber, man wollte sie auch von der directen Klage verstehen, so ist wohl sehr natürlich, daß die Condiction nicht früher an einem andern Ort angestellt werden kann, als die directe Klage am Zahlungsorte selbst angestellt werden konnte. Sogar gegen den Bürgen hat die Condiction nicht eher Statt, wenn er für den Schuldner an einem bestimmten Ort Zahlung zu leisten sich verbindlich gemacht hat, als wenn es auch

52) §. 5. *I. de Verbor. obligat.* Eine Ausnahme enthält *L.* 141. §. 4. *D. eod.*

53) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 309. §. *Nescio.*

auch diesem möglich gewesen wäre, an den Zahlungsort hinzukommen, gesetzt auch, daß sich der Hauptschuldner schon daselbst befinden sollte. Im Gegentheil möchte auch immerhin der Bürge am Zahlungsorte anzutreffen seyn. Er kann dennoch nicht eher in Anspruch genommen werden, als nachdem es auch dem Hauptschuldner physisch möglich war, an den Zahlungsort hinzukommen, wie folgende merkwürdige Stelle aus Papinians Quäſtionen beſtätiget:

b) *L.* 49. §. 2. *D. de fideiuſſor.* Quaesitum est, an fideiussor, qui, *Capuae pecuniam se daturum*, Romae promisit, si reus promittendi *Capuae* esset, statim conveniri possit? Dixi, non magis fideiussorem confestim teneri, quam si ipse *Capuae* spopondisset, *cum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset.* Nec ad rem pertinere, quod hoc latere [54]) nemo dubitet, nondum fideiussorem teneri; quia nec ipse reus promittendi teneretur: nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor *Capuae* sit, fideiussorem confestim teneri, *non habita ratione taciti proprii temporis*, eventurum, ut eo casu fideiussor conveniatur, quo debitor ipse, si *Romae* fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet, *fideiussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona reciperare, tam rei promittendi, quam ipsius fideiussoris*: quoniam aliud respondentibus, contra iuris formam, in duriorem conditionem acceptus intelligetur.

Bey

54) Id est *pro hac parte*, s. *in hac specie*. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Latus*, und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Tit. de fideiussor. Nr. XLIII. not. h.

Bey der Bestimmung der Zeit, welche erfordert wird, um an den Zahlungsort hinzukommen, hat der Richter, auf dessen Ermessen es hier vorzüglich ankommt, darauf zu sehen, wie bald es Personen von dem Alter, Stand, Geschlecht und Gesundheit, zu denen der Verpflichtete gehört, möglich war, an den Zahlungsort mit Bequemlichkeit hinzureisen. Folgende Stelle verdient hier besonders bemerkt zu werden.

c) *L.* 137. §. 2. *D. de verbor obligat.* Cum ita stipulatus sum, *Ephesi dari*? inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur? et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod factum se promiserit: ut, qui *Ephesi* daturum se spoponderit, neque duplomate [55]), diebus, ac noctibus, et omni tempestate contemta iter continuari cogatur; neque tam deli-

55) *Duploma* s. *Diploma* hic accipe, sagt DUARENUS in Commentar. ad h. L. *Oper.* pag. 787. quod a principe impetratur, ut equis publice dispositis uti liceat. *Postam* vulgo dicimus. Privatis enim absque principis diplomate cursus publicus olim non permittebatur. *L. 11. Cod. de cursu publico.* Cuius moris meminit PLINIUS *Lib. X. Epist. penult.* Mit dieser Erklärung stimmt auch CUJACIUS in Comm. ad L. 137. D. de Verb. Oblig. überein, wenn er sagt: *Duplomata* sunt codicilli, qui dantur cursu publico utentibus, quae et *Tractoriae* et *Combinae* dicuntur. Diese *Duplomata* werden auch *Evectiones* genannt. *L. 3. Cod. de curs. publ. L. 11. Cod. eod.* S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Duploma.* Allein hier wird die causa pro effectu genommen, und also *diploma* pro cursu publico,

delicate progredi debeat, ut reprehenſione dignus appareat: *ſed habita ratione temporis, aetatis, ſexus, valetudinis; cum id agat, ut mature perveniat, id eſt, eodem tempore, quo plerique eiusdem conditionis homines ſolent pervenire.* Eoque transacto, quamvis *Romae* remanſerit, nec poſſit *Epheſi* pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipſum ſteterit, quominus *Epheſi* daret; vel quoniam per alium *Epheſi* poſſit dari; vel quia *ubique* poteſt ſolvere.[56]) Nam et quod in diem debetur, ante ſolvi poteſt, licet peti non poteſt. Quod ſi duplomate uſus, aut felici navigatione, maturius, quam quisque, pervenerit *Epheſum*: confeſtim obligatus eſt: quia in eo, quod tempore atque facto finitum eſt, nullius eſt coniecturae locus.

Uebrigens kann die Condiction Statt finden, wenn gleich der Schuldner nicht in mora iſt. Denn es können ſich auf Seiten des Gläubigers unterdeſſen die Umſtände geändert haben, ſo daß ihm jetzt die Leiſtung an dem verabredeten Zahlungsort nichts mehr nützt, zu welcher gleichwohl der Schuldner an dem beſtimmten Orte bereit war.

Hier

blico, qui, ut ſit, diplomate Principis efficitur, wie *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 137. §. 2. D. de Verb. Obligat. nr. 10. pag. 405. dieſes Wort erklärt.

56) Dies iſt nämlich ſo zu verſtehen, wenn ſich der Gläubiger die Zahlung an einem andern Ort will gefallen laſſen. S. DUARENUS in Comm. ad L. 122. D. de Verb. obligat. *Oper.* pag. 774. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. MAGNUS bey *Meerman* Tom. III. pag. 281. und LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

Hier wäre es unbillig, wenn nicht die Leistung auch an einem andern Ort gefordert werden dürfte, weil der Beklagte das interesse loci ersetzt bekommt [57]).

5) Die *condictio de eo quod certo loco* setzt ferner eine Verbindlichkeit zum Geben voraus, und zwar wird hier unter dem Ausdruck Geben (*dare*) auch das Widergeben (reddere), Zahlen (solvere), und Uebergeben (tradere) begriffen, wie Cujaz [58]), zu Folge der Gesetze dieses Titels [59]), sehr richtig bemerkt hat. Ist also ein bloßes Factum versprochen worden, bey welchem keine Tradition des Gemachten vorkommt, z. B. es hat sich Jemand verbindlich gemacht, an einem bestimmten Ort binnen einer gewissen Zeit ein Gebäude aufzuführen, er hat aber sein Versprechen nicht erfüllt [60]); so ist die *actio utilis* nicht nöthig, sondern es kann hier *actione directa ex stipulatu* auf das Interesse an jedem Orte geklagt werden, wo ein Gerichtsstand des Verpflichteten begründet ist [61]). Der Grund

57) S. *Ge.* FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 14. und *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. circ. fin.

58) Tract. III. ad *Africanum*, ad L. 8. D. h. t. pag. 398.

59) *L. 5. 6. et 7. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de constit. pecun.*

60) Ob und wodurch bey versprochenen bloßen Facten eine mora eintreten könne, zeigt Schöman in den Fragmenten aus seinen civilist. u. criminalist. Vorlesungen I. §. 16.

61) *L. 43. D. de iudic.* Anderer Meinung sind zwar Doneau und Treutler, welche auch bey den obligationibus faciendi die Condiction für begründet halten. Allein schon BACHOV ad TREUTLERUM Vol. I. Diss. XXIII. Th. 6. lit. C. pag. 897. und BOECKELMANN in Comm. ad Dig. h. t. §. 6. haben diese Meinung widerlegt.

Grund dieses Unterschieds beruhet darin, weil zwar eine Sache an jedem andern, als dem verabredeten Ort, gegeben, allein ein Gebäude nur an dem Ort aufgeführt werden kann, wo es bedungen worden ist [62]). Daher gilt auch dergleichen Stipulation anders nicht, als wenn zugleich der Ort, wo das Gebäude errichtet werden soll, bestimmt worden ist. [63]) Endlich

6) die aus dem unterliegenden Geschäft entspringende directe Klage muß nach der Strenge des Rechts nicht hinreichend seyn, um mittelst derselben die schuldige Leistung an einem andern, als den bestimmten Orte, nebst dem Interesse fordern zu können. Gerhard Noodt [64]) bemerkt, daß ursprünglich die condictio de eo quod certo loco bloß wegen der Strenge der Stipulation eingeführt worden sey. Erst in der Folge sey sie durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten erweitert, und der Billigkeit wegen auch auf die actionem mutui, actionem ex testamento, und de constituta pecunia erstreckt worden. Denn keine dieser

62) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 307. §. *Addamne* etc. Zwar wollen CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad L. 8. D. h. t. und de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. den Grund darin suchen, daß die stipulatio facti eine obligationem incerti bewirke, welche nicht prăcis auf Leistung des Factums, sondern zugleich alternativ auf das Interesse gehe. Allein dieser Grund widerlegt sich aus dem, was von den obligationibus faciendi schon an einem andern Ort bemerkt worden ist. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 316. S. 305. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. d.

63) *L. 2. §. 5. D. h. t. L. 95. D. de verbor. obligat.*

64) Comment. ad Dig. h. t. pag. 306. §. *Obtinet.*

dieser Klagen geht auf etwas Mehreres, als was das Wesen des Geschäfts mit sich bringt, woraus sie entstehen. Die erstere auf Wiedererstattung des Darlehns, die andere auf Leistung dessen, was der Testirer in seinem letzten Willen verordnet hat, nur daß mit dieser auch Zinsen des Verzugs gefordert werden können [95]), und die letztere kann darüber nicht hinausgehen, was die schon vorhandene Verbindlichkeit ausdrückt, welche durch das constitutum versichert wird. Ohne den Beysatz de eo quod certo loco könnte also mit keiner dieser Klagen das Interesse gefordert werden, wenn an einem andern, als dem bestimmten Orte, geklagt würde. Ulpian scheint selbst nicht undeutlich darauf hinzudeuten, wenn er *L.* 16. §. 1. *D. de constit. pecun.* sagt: daß auch beym constituto an einem andern, als dem verabredeten Zahlungsort, *exemplo arbitrariae actionis*, geklagt werden könne [66]). Daß es bey den zweyseitigen bonae fidei Contracten, in welchen ein Theil dem andern etwas an einem bestimmten Orte zu leisten versprochen hat, der Condiction nicht bedürfe, sondern die aus denselben entspringende directe Klage genüge, um auch an einem andern Orte klagen, und das interesse loci fordern zu können, ist schon oben bemerkt worden. Bey diesen lag es schon in der Natur der Klage, daß der Richter von Amtswegen auf das Interesse wegen des Orts Rücksicht nehmen

65) *L.* 34. *D. de Usur. L.* 84. *L.* 87. §. 1. *D. de legat.* II. *L.* 92. *in fin. D. de condit. et demonstrat. L.* 1. *et L.* 4. *C. de usur. et fruct. legator.*

66) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XCI. Err. 4. 5. et 6. Allein man sehe BACHOVII Tract. de Actionib. Disp. VII. P. II. Th. 3.

nehmen mußte, wenn gleich seine Anweisung (formula iudicii) hiervon nichts enthielt [67]). Nicht nur Paulus bestätigt dieses in der schon oben angeführten Stelle aus *L.* 7. *D. h. t.* sondern auch Ulpian, wenn er *L.* 5. *pr. D. Commodati* sagt: Si, *ut certo loco vel tempore reddatur commodatum*, convenit, *officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat.* Jedoch macht Paulus in der angeführten *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* die Ausnahme, wenn sich in einem bonae fidei Contract ein Theil dem andern durch Stipulation verbindlich gemacht hätte, sein Versprechen an einem bestimmten Orte zu erfüllen. Hier muß, wenn die Leistung an dem verabredeten Orte nicht erfolgt, und dieselbe an einem andern verlangt wird, nach dem Ausspruch des Paulus die actio arbitraria zu Hülfe genommen werden. Er sagt nämlich: Si tamen *certo loco traditurum se quis stipulatus sit* [68]), hac actione utendum erit.

Bey der condictio de eo quod certo loco hat nun der Richter vorzüglich auf den Schaden Rücksicht zu nehmen, den der eine, oder der andere Theil von der Abände-

rung

67) CUJACIUS Tract. III. ad *African.* ad L. 8. D. h. t. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. c. 1. pag. 306 haben hierbey sehr richtig bemerkt, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptionisque doli mali, iudiciis bonae fidei inesse, ibique officio iudicis contineri.

68) Das Wort *stipulari* wird hier nicht active sondern passive genommen, so wie bey Ulpian *L.* 26. §. 13. *D. de condict. indeb.* Nach dem Zeugniß des PRISCIANUS Lib. VIII. wird es in diesem Sinn auch von Suetonius gebraucht. S. auch *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. §. *Obtinet.* pag. 306.

rung des Zahlungsortes hat. Um diesen gehörig zu ermessen, kommt es hauptsächlich darauf an, zu wessen Besten der Zahlungsort ist beygefügt worden [69]). Daher muß bald der Kläger dem Beklagten, bald dieser jenem das Interesse loci vergüten. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn die Schuld an dem Beklagten lag, daß die Zahlung nicht an dem bestimmten Orte erfolgte, und hier muß denn natürlich der Beklagte höher verurtheilt werden, wenn der Kläger Schaden dadurch erlitten hat; dahingegen wird der Beklagte auf eine geringere Summe verurtheilt, als er an dem contractmäßigen Orte hätte bezahlen müssen, wenn er derjenige Theil ist, der durch die Abänderung des Zahlungsorts den Schaden leidet. Diese Entschädigung muß dem Beklagten auch dann zuerkannt werden, wenn der Kläger auch ohne seine Schuld, durch ein zufälliges, blos seine Person betroffenes Ereigniß, wäre verhindert worden, sich an dem bestimmten Zahlungsorte zur Annahme einzufinden. Denn es ist der Vernunft und den Gesetzen gemäß, daß jeder Theil die nachtheiligen Folgen eines Mangels trage und vergüte, welcher sich in seiner eigenen Person, auf was immer für eine Weise, wenn auch gleich nur durch Zufall, ereignet hat [70]). Viele [71]) wollen zwar behaupten,

69) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

70) *L. 3. §. ult. D. de act. emti et vend. L. 137. §. 4. D. de verbor. obligat.* S. SCHOEMANS Lehre vom Schadenserſatze. 2. Th. S. 20. ff.

71) *Ge.* FRANTZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 15. *Io. Frid.* BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 8. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 72. *Io.* VOET Comm. in Pand. h. t. §. 6. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect.

haupten, es komme beym Schuldner gar nicht darauf an, ob er in mora ſey oder nicht, ihm gebühre auf jeden Fall eine Vergütung, wenn ihm der Vortheil des Zahlungsorts entzogen wird, geſetzt auch, daß er ſelbſt durch ſeine mora die Veränderung deſſelben veranlaßt hätte. Denn es ſey kein Geſetz vorhanden, welches ihm dieſen Vortheil verſagt wiſſen wolle. Juſtinian verordne vielmehr ohne Unterſchied: *in hac condictione rationem habendam eſſe utilitatis, quae promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit.* Ueberdem hebe kein Verzug ein erworbenes Conventionalrecht auf, ſondern die nachtheiligen Folgen deſſelben erſtreckten ſich blos auf die Zukunft. Allein wenn es wahr iſt, was Afrikan [72]) und Ulpian [73]) ſagen: Quod nemini fruſtratio ſua prodeſſe debeat, ſed unicuique ſua noceat mora; ſo iſt nicht wohl zu begreiffen, wie der Beklagte die ihm entgangenen Vortheile des Zahlungsorts noch in Anſchlag bringen könne, wenn es an ihm ſelbſt lag, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte erfolgte. Mit Recht ſagt daher der große Cujaz [74]): Moratoris utilitatem ſpectari, aeſtimari-

Pandect. h. t. §. 6. *Hieron.* TREUTLER Disput. ad Pand. Disput XXIII. Th. IV. lit. C. *Matth.* WESENBEC ad Pand. h. t. nr. 6. *Io.* STRAUCH Diſſ. de condict. de eo quod c. l. P. II. ſub rubr. *Officium iudicis.* n. 28. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad Eundem c. l. not. f.

72) *L. 37. in fin. D. mandati.*

73) *L. 173. §. 2. D. de div. reg. iuris.*

74) Tract. III. ad Africanum ad L. 8. D. h. t.

que, absurdum esset, und ihm stimmen auch Magnus [75]), Bachov [76]), Wissenbach [77]), Eckolt [78]), Heineccius [79]), Ludovici [80]), und mehrere andere ohne Bedenken bey. Man giebt ja zu, der Kläger könne nur dann das interesse loci fordern, wenn ihm durch die mora des Beklagten der Vortheil des Zahlungsorts entzogen worden sey. Nun ist aber die mora in der Person des Gläubigers, so wie in der des Schuldners, nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen [81]), und Venulejus sagt ausdrücklich in der ganz entscheidenden Stelle der *L.* 137. §. 4. *D. de verb. obligat.* Generaliter causam difficultatis *ad incommodum promissoris*, non ad impedimentum stipulatoris pertinere. Es kann also wohl die uns entgegengesetzte Stelle Justinians anders nicht, als von dem Falle verstanden werden, wenn es an dem Gläubiger lag, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte erfolgte. [82]) Nur in diesem Falle ist es Pflicht des Richters, bey der Verurtheilung des Beklagten auf den Schaden Rücksicht zu nehmen, welcher dem Beklagten aus der Abänderung des

75) Ration. et Different. iur. civ. Lib. I. cap. 14. bey MEERMAN Tom. III. pag. 282.

76) Ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXIII. Th. IV. Lit C.

77) Exercitat. ad Pand. P. I. Disput. XXVI. Th. 9.

78) Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 6.

79) Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 90.

80) Doctr. Pand. h. t. §. 6.

81) S. SCHOEMANS Lehre vom Schadenserſatze. 2. Th. pag. 16. folg.

82) S. HUBERI Praelect. in Pand. h. t. §. 3. in fine.

des Zahlungsortes entsteht. Zur Bestimmung des Schadens selbst aber lassen sich keine allgemeine Regeln vorschreiben, sondern der Richter hat solche in jedem einzelnen Falle nach Klugheit und Billigkeit zu ermessen, weil nicht nur der Werth der Waaren, sondern auch der Geldcours nach Ort und Zeit sehr wandelbar ist. Eben deswegen wird diese Klage in vorzüglichem Sinn eine *actio arbitraria* genannt, weil hier die Verurtheilung des Beklagten hauptsächlich von dem billigen Ermessen des Richters abhängt [83]). Es hat daher auch keinen Zweifel, daß bey Bestimmung des Interesse, welches hier ein Theil dem andern zu vergüten hat, nicht nur auf den durch die Abänderung des Zahlungsorts entstandenen positiven Schaden, sondern auch nach Befinden der Umstände auf den dadurch dem Andern entzogenen Gewinn Rücksicht zu nehmen sey, wenn z. B. der Kläger an dem Orte, wo ihm das Geld hätte ausbezahlt werden sollen, Waaren dafür einzukaufen, und damit zu handeln gewohnt war. Daher ist denn auch hier der Richter nicht gerade an die gesetzmäßige Größe der Zinsen gebunden. Alles bisher Gesagte werden folgende Stellen dieses Titels auffer Zweifel setzen.

a) *L.* 2.

83) §. 31. *I. de actionib.* Einige meinen, daß auch bey dieser Condiction, eben so wie bey andern actionibus arbitrariis, eine Sentenz der Condemnation des Beklagten vorausgegangen sey. Daher soll die formula iudicii bey dieser Klage nach MAGNUS bey *Meerman* Tom. III. pag. 285. cap. 17 so gelautet haben: *Si paret Titium Maevio centum aureos Capuae dare oportere, neque ea pecunia arbitrio tuo solvatur, aut eo nomine satisfiat, condemna eum.* Allein daß nach dieser Formel die Klage ganz ihren Zweck verfehlt haben würde, haben *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XC. Err. 2. et 3. und BACHOV in Tr. de actionib. Disp. VII. P. II. Thes. 2. gezeigt.

a) *L.* 2. *pr. D. h. t.* Arbitraria actio *utriusque utilitatem* [84]) continet, tam actoris, quam rei. Quodſi *rei* intereſt, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum eſt: aut ſi *actoris*, maioris pecuniae fiat.

b) *L.* 2. §. 8. *D. eod.* Nunc *de officio iudicis* huius actionis loquendum eſt: utrum quantitati contractus debeat inſervire, an vel excedere vel minuere quantitatem

84) Natürlich iſt dieſes wohl nur ſo zu verſtehen, daß der Richter bey dieſer Klage darauf zu ſehen habe, welcher von beyden Theilen, der Kläger, oder der Beklagte, durch die Abänderung des Zahlungsorts Schaden leide. Daher heißt es *L. un. Cod. Ubi conveniat. qui certo loco dare promiſ.* in qua venit aeſtimatio, *quod alterutrius interfuerit*, ſuo loco prius, quam in eo, in quo petitur, ſolvi, und Cujaz bemerkt Tr. III. ad *Africanum* ad L 8. D. h. t. daß das *utriusque* in der *L.* 2. *pr. D. h. t.* dieſelbe Bedeutung habe, wie das *alterutrius* in der *L. un. C. cit.* Ge. FRANTZKE in Comm. in Pand. h. t. nr. 16. glaubt jedoch, daß es Fälle geben könne, wo der Richter das Intereſſe beyder Theile zugleich zu berückſichtigen habe, theils des Beklagten, wenn, wie gewöhnlich, zu ſeinem Beſten der Zahlungsort beygefügt worden, theils des Klägers, ſi illius forſitan quoque interſit, *ſine mora* ſolutionem factam fuiſſe. Man ſieht leicht, daß dieſe Behauptung mit der Meinung im Zuſammenhange ſteht, nach welcher dem Beklagten der Vortheil des Zahlungsorts vergütet werden müſſe, er möge in mora ſeyn oder nicht; allein dieſe iſt ſchon oben widerlegt worden. Wären beyde Theile nicht zur rechten Zeit an dem beſtimmten Zahlungsorte erſchienen, ſo fällt das Intereſſe weg, und der Richter verurtheilt den Beklagten blos in die ſchuldige Summe. S. MAGNUS bey MEERMAN Tom. III. Lib. I. cap. 14. in fin. pag. 282.

titatem debeat: ut ſi interfuiſſet rei, Epheſi potius ſolvere, quam eo loci, quo conveniebatur, ratio eius haberetur? *Iulianus Labeonis* opinionem ſecutus, etiam actoris habuit rationem: cuius interdum potuit intereſſe, Epheſi recipere. *Itaque utilitas quoque actoris veniet.* Quid enim ſi trajectitiam pecuniam [85]) dederit, Epheſi recepturus, ubi ſub poena debebat pecuniam, vel ſub pignoribus: et diſtracta pignora ſunt, vel poena commiſſa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res ſtipulatoris viliſſimo diſtracta eſt? *in hanc arbitrariam quod interfuit, veniet: et quidem ultra legitimum modum uſurarum* [86]). Quid, ſi merces ſolebat comparare? et an et lucri ratio habebatur, non ſolius damni? *Puto et lucri habendam rationem* [87]).

85) *Trajectitia pecunia* heißt im eigentlichen Sinn ein ſolches Kapital, welches der Gläubiger auf ſeine Gefahr über See geliehen hat. Es iſt alſo immer unter dieſem Ausdruck ein Darlehn zu verſtehen, wie der ganze Titel der Pandecten *de nautico foenore* (XXII. 2.) beweißt; und dieß muß auch in unſerer Stelle vorausgeſetzt werden.

86) *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 310. erklärt dieſes ſo, daß das Intereſſe auch uſuras centeſimas überſchreiten dürfe. Denn dieſe wären uſurae legitimae genennt worden. Allein die Worte: *ultra legitimum modum uſurarum* wollen wohl nur ſoviel ſagen, daß das intereſſe loci nicht gerade auf die geſetzliche Zinsgränze beſchränkt ſey. Ueberdem waren auch die uſurae nauticae vor Juſtinian (*L. 26. §. 1. C. de Uſur.*) noch nicht centeſimae, ſondern infinitae. PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 15. §. 3. S. SCHULTING ad Paulum. in Iurisprud. Antej. pag. 288. Not. 13.

87) Schwer iſt zwar dieſes Fragment mit *L. ult. D. de peric. et comm. rei vend.* und *L. 21. §. 3. D. de action. emti et vend.*

c) *L.* 3. *D. eodem.* Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia ſcimus, quam varia ſint pretia rerum per ſingulas civitates, regionesque: maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una et eadem poteſtas ubique eſſe, tamen aliis locis facilius, et levibus uſuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus uſuris.

Nun entſteht noch die ſehr ſtreitige Rechtsfrage, in wiefern die actio arbitraria de eo quod certo loco gegen

vend. zu vereinigen, wie ich ſchon an einem andern Orte gezeigt habe. S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 332. Die mancherley Verſuche der Rechtsgelehrten hierüber hat H. Hofr. SCHOEMAN in der Lehre vom Schadenserſatze 2 Th. S. 102. ff. ausführlich dargeſtellt und geprüft. Er ſelbſt hat einen neuen Vereinigungsverſuch gewagt. Allein mit welchem Glück? Man ſehe die Heidelbergiſchen Jahrbücher der Literatur 1. Jahrg. 1. Heft. S. 87. ff. Vergleicht man die *L.* 4. *D. h. t.* mit unſerer *L.* 2. §. *ult. D. eod.* ſo leuchtet daraus ziemlich klar hervor, daß der Unterſchied nicht unerheblich ſey, ob eine verſprochene Zahlung nicht zur gehörigen Zeit, und ob ſie nicht an dem beſtimmten Orte erfolgt iſt. S. *Ger.* NOODT de Foenore et Uſuris Lib. II. cap. 6. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 19. D. de peric. et commodo rei venditae. §. 10. pag. 469. ſq. Nun iſt in keiner der übrigen Stellen, ſo wie in *L.* 2. §. *ult. h. t.* ein Zahlungsort angegeben. Die Behauptung, daß ein Zahlungsort beym Handelserwerbe, auch ohne beſondere Verabredung darüber, immer als beſtimmt vorauszuſetzen ſey, läßt ſich wohl ſchwerlich rechtfertigen. Wir ſind alſo, der neuern Verſuche ungeachtet, hierin noch nicht einen Schritt weiter gekommen; und es dürften vielleicht die hier in den Weg tretenden Schwierigkeiten nie zu beſiegen ſeyn.

gen den Bürgen Statt finde? Es handeln hiervon zwey merkwürdige Fragmente dieses Titels, nämlich *L.* 8. und *L. ult. D. h. t.*, welche den berühmtesten Rechtsauslegern so viel Schwierigkeit gemacht haben, daß man wenigstens die erste Stelle mit unter die damnatas leges Pandectarum, oder cruces Ictorum zu zählen, kein Bedenken getragen hat [88]). Sie können daher nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden.

a) *L.* 8. *h. t.* ist aus AFRICANI *libro* 3. *Quaestionum*, und lautet so. Centum Capuae dari stipulatus, fideiussorem accepisti. Ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit: id est, ut si alibi, quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat: lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit, eam summam Capuae potius, quam alibi solvi. *Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri.* Neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est: circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniae soluta sit, et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris interfit, eam duntaxat summam, quae petetur, Capuae solutam esse.

88) S. *Corn. van* ECK Commentat. iurid. de septem damnatis Legib. Pandectar. s. Crucibus Ictor. rec. *Halae 1766.* Cap. 4.

b) *L. ult. eod.* aus PAULI *Lib.* 4. *Quaeſtionum* iſt folgenden Inhalts. Si poſt moram factam, quominus Capuae ſolveretur, cum arbitraria vellet agere, fideiuſſor acceptus ſit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quae ex ſententia iudicis accedere poteſt, non debeatur, nec ſit in obligatione; adeo ut nunc quoque ſorte ſoluta, vel ſi Capuae petatur, arbitrium iudicis ceſſet: niſi ſi quis dicat, ſi iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum ſolutis ex univerſitate, tam ex ſorte, quam ex poena ſolutum videri: ut ſuperſit petitio eius, quod excedit ſortem, et accedat poena pro eadem quantitate? Quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remiſiſſe poenam videtur.

Vergleichen wir beyde Fragmente ſorgfältig, ſo ſind unſtreitig darin zwey verſchiedene Fälle enthalten. Nach der *L.* 8. hatte ſich der Gläubiger von dem Schuldner, der ihm durch Stipulation eine gewiſſe Summe zu Capua zu bezahlen zugeſagt hatte, gleich Anfangs und alſo noch vor eingetretener mora, zur Sicherheit ſeiner Forderung einen Bürgen ſtellen laſſen. Nach der *L. ult.* hingegen war der Bürge erſt nach eingetretener mora des Schuldners angenommen worden, wie nämlich der Gläubiger den Schuldner actione arbitraria belangen wollte, und zwar um die Klage abzuwenden. Es iſt alſo ganz unrichtig, wenn Cujaz [89]) glaubt, daß die nähere Erklärung der L. 8. aus der L. ult. zu nehmen, und auch in der erſten Stelle ein

89) Tract. III. ad *Africanum* ad L. 8. h. t.

ein solcher Fall zu unterlegen sey, wo der Bürge erst nach vorhandener mora des Schuldners in Rücksicht der actionis arbitrariae ins Mittel getreten ist. Denn wie hätte wohl je ein Zweifel darüber entstehen können, ob die actio arbitraria auch gegen den Bürgen Statt habe, wenn er selbst in Rücksicht dieser Klage wäre angenommen worden? wie Anton Faber [90]) mit Recht gegen Cujaz erinnert hat. Soviel geht indessen aus beyden Fragmenten ganz deutlich hervor, daß der Bürge eben so, wie der Hauptschuldner, mit der condictione de eo quod certo loco belangt werden könne. Denn auch davon abgesehen, daß der Bürge, wie Ulpian [91]) sagt, an des Hauptschuldners Stelle tritt, so würde ja der ganze Zweck der Bürgschaft vereitelt werden, wenn der Bürge nicht auch an einem andern, als an dem verabredeten Zahlungsorte, belangt werden könnte. Man setze z. B. der Bürge ließe sich so wenig, als der Hauptschuldner, an dem Zahlungsorte treffen. Hier muß auch gegen den Bürgen mit der condictione de eo quod certo loco geklagt werden. So wie aber der Schuldner, wenn er selbst actione arbitraria belangt wird, das Interesse in Abrechnung bringen kann, sofern ihm durch den Kläger der Vortheil des zu seinem Besten bedungenen Zahlungsorts entzogen worden ist, eben so muß auch der Bürge den Schaden anrechnen können, welchen er dadurch leidet, daß er an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte, belangt worden ist. Denn der Zahlungsort, den sich der Hauptschuldner ausbedungen hat, kommt auch dem

90) Rational. in Pand. ad L. 8. D. h. t. pag. 482.

91) *L. 4. §. 1. D. de fideiussor.*

dem Bürgen zu statten [92]). Dahingegen muß aber auch der Bürge, wenn es an ihm lag, daß die Zahlung nicht an dem bestimmten Orte erfolgte, dem Gläubiger das Interesse vergüten. Alles dieses setzen die Anfangsworte der *L.* 8. *h. t.* ausser Zweifel. Wie aber, wenn es nicht sowohl an dem Bürgen, als an dem Schuldner selbst lag, daß die schuldige Summe an dem contractmäßigen Orte nicht bezahlt wurde, und dadurch der Gläubiger in Schaden gesetzt worden ist; ist nun der Bürge, ausser der Hauptschuld, für die er gut gesagt hat, auch diesen Schaden dem Gläubiger zu vergüten verbunden? Afrikan entscheidet diese Frage in dem Falle, von welchem die *L.* 8. *h. t.* redet, mit klaren Worten verneinend, wenn er sagt: *Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri.* Es ist zwar sonst eine bekannte Regel, daß der Verzug des Hauptschuldners auch dem Bürgen nachtheilig sey [93]). Allein diese Regel steht hier nicht entgegen. Sie gilt nur, 1) wenn von der Fortdauer der Verbindlichkeit des Bürgen die Rede ist, als welcher freylich verhaftet bleibt, wenn gleich die schuldige Sache nach eingetretener mora des Schuldners zu Grunde gehen sollte [94]). 2) Wenn für eine

92) In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 9. Const. 8. pag. 575. heißt es: Ἐὰν ἐγγυητὴς ἀπὸ τῆς ἀρβιτραρίας ἐναίγηται, σκοπεῖται καὶ αὐτοῦ καὶ τᾶ πρωτοτυπου τὸ διαφέρον. i. e. *Si fideiussor arbitraria conveniatur, spectatur, et quid eius interfit, et quid rei principalis.*

93) *L.* 88. *D. de Verb. obligat. L.* 24. §. 1. *D. de Usur.*

94) *L.* 49. *pr. L.* 91. §. 4. *D. de verb. obligat. L.* 58. §. 1. *D. de fideiussor.*

eine obligatio bonae fidei, z. B. für eine Pacht, oder Kaufschuld, und zwar in omnem causam, Bürgschaft geleistet worden ist. Hier kann der Bürge, wenn er auch gleich, als Bürge, actione ex stipulatu belangt wird, doch eben so gut, wie der Hauptschuldner, in die Zinsen des Verzugs verurtheilt werden [95]). Nun ist aber in dem Falle, von welchem Afrikan redet, die Bürgschaft in Rücksicht einer obligatio stricti iuris geschehen. Hier erstreckt sich die Verbindlichkeit des Bürgen weiter nicht, als soweit die Hauptschuld geht, für die er gut gesagt hat. Es wirkt also die mora des Schuldners zwar soviel, daß derselbe, wenn er selbst actione arbitraria belangt wird, ausser dem Capital, von richterlichen Amts wegen auch zur Leistung des Interesse verurtheilt werden kann. Allein sie wirkt nicht, daß auch der Bürge auf das Interesse belangt werden könnte. Dieser haftet nur für das Capital. Denn dieses macht den Gegenstand der Verbindlichkeit aus. Das Interesse ist nicht stipulirt, und also auch in der Verbindlichkeit, für welche der Bürge gut gesagt hat, nicht begriffen. Zwar hat es seine Richtigkeit, daß wenn auf den Fall des Verzugs Zinsen stipulirt worden sind, der Bürge auch dafür haften müsse. Allein daraus folgt nicht, daß er auch

95) *L. 54. pr. D. Locati.* — Usurae enim *in bonae fidei iudiciis* etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, *tamen cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum.* Eben so *L. 5. Cod. de pact. inter emtor. et venditor. composit.* Man sehe auch *van* ECK cit. Diss. cap. 4. §. 6. PEREZ Praelection. in Cod. Lib. III. Tit. 18. nr. 11. und BACHOV ad *Treutler.* Vol. I. Disp. XXIII. Th. 5. lit. D. et E.

auch für das Interesse wegen des Verzugs hafte. Denn in jenem Falle sind, wie Afrikan sagt, zwey Stipulationen vorhanden, die eine wegen des Capitals, die andere wegen der Zinsen. Es wird daher wegen des Verzugs des Schuldners die Verbindlichkeit des Bürgen nicht erweitert, weil die auf den Fall des Verzugs stipulirten Zinsen hier zur Hauptschuld gehören. Allein in dem Falle, wovon hier die Rede ist, ist nur eine obligatio, nämlich die Verbindlichkeit, eine gewisse Summe an einem bestimmten Orte zu bezahlen, vorhanden. Dafür allein haftet der Bürge. Die Leistung des Interesse, weil die Bezahlung an dem bestimmten Orte nicht erfolgte, und daher an einem dritten Orte geklagt wird, liegt ausser den Gränzen der obligatio, und ist dem Amte und dem billigen Ermessen des Richters zu überlassen. Dafür steht also der Bürge nicht, damit nicht seine Verbindlichkeit wider seinen Willen durch den Verzug des Schuldners vermehrt werde Zur weitern Begründung dieser Entscheidung fügt Afrikan noch hinzu, daß der Unterschied, ob man etwas ex iure obligationis oder nur ex officio iudicis zu fordern habe, nicht unbedeutend sey, wie daraus erhelle, wenn nach eingetretener mora ein Theil der Schuld bezahlt worden ist, und der Gläubiger auf den Rückstand actione arbitraria klagt. Hier kann wegen des Bezahlten kein weiteres interesse loci gefordert werden, weil in Rücksicht desselben die obligatio und Klage erloschen ist; sondern nur soweit die Schuld noch nicht bezahlt ist, kommt der Schade in Anschlag, den der Gläubiger davon hat, daß auch dieser Rückstand nicht an dem verabredeten Zahlungsorte entrichtet wurde [96]). Bey weitem

96) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. NOODT Comm. ad Dig.

kem schwieriger ist nun aber der andere Fall, von welchem die *L. ult. D. h. t.* handelt. Hier war der Bürge erst nach schon vorhandener mora des Schuldners eingetreten, und zwar in Rücksicht der actionis arbitrariae angenommen, mit welcher der Gläubiger den Schuldner zu belangen im Begriff war. Man stelle sich hier folgenden Fall vor. Der Schuldner bleibt zur Verfallzeit an dem bestimmten Orte mit der versprochenen Zahlung aus. Der Gläubiger will jetzt an dem Wohnungsorte desselben actione arbitraria auf das Interesse klagen. Ein Dritter aber kommt dazu, und beredet ihn von der Klage abzustehen, durch die Versicherung, er stehe ihm dafür, daß er an dem bestimmten Zahlungsorte das Geld noch erhalten werde. Wenn nun dennoch keine Zahlung erfolgt wäre, und der Gläubiger jetzt mit der actione arbitraria den Bürgen in Anspruch nähme, könnte er nicht wenigstens in diesem Falle von dem Bürgen eben dieselbe Schadloshaltung fordern, zu welcher der Schuldner selbst wäre verurtheilt worden, wenn er seine Klage gegen diesen angestellt hätte? Man sollte glauben, daß dieses gar keinem Zweifel unterworfen sey. Selbst die Formel der Stipulation scheint es mit sich zu bringen,

Dig. h. t. pag. 310. sq. §. *Expositi.* MAGNUS Ration. et Differ. iur. civ. Lib. I. cap. 19. bey MEERMAN Tom. III. pag. 288. HUBER Eunomia Rom. ad L. 8. D. h. t. pag. 532. sq. et in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. PACIUS Εναντιοφαν. Centur. IV. Qu. 32. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 73. BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 7. FABER Rational. in Pand. ad L. 8. h. t. LABITTUS in Usu indicis Pandectar. Cap. III. §. 39. in WIELING *Iurisprud. restituta.* Tom. II. pag. 65. sqq. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XII. not. c. — f.

bringen, daß der Bürge für alles haften müsse, was der Gläubiger vermöge der actio arbitraria von dem Schuldner selbst hätte fordern können, weil er ja in Rücksicht dieser Klage fidejubirt hat. Dies behaupten auch wirklich Cujaz [97]), Magnus [98]), und Struv [99]). Ich zweifle aber, ob diese Meinung dem Ausspruch des Paulus in der *L. ult. h. t.* gemäß sey. Die Worte: *videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione*, sind freylich dunkel, und scheinen eher eine bloße Frage, als eine Entscheidung zu enthalten, wie auch Accursius dafür hält. Vergleichen wir noch damit die Basiliken [100]), so sind von den Verfassern derselben diese Worte ganz weggelassen worden. Ἐὰν μετὰ ὑπέρθεσιν, heißt es daselbst, ἐγγυητὴν λάβῃ ὁ ἐπερωτήσας ἐπὶ τῆς ἀρβιτραρίας, εἰ λάβῃ τὸ κεφάλαιον, ἢ ἐναγάγῃ ὅπου καταβληθῆναι συνέδοξεν, ἢ ὡς μόνον τὸ κεφάλαιον ὁ ἐναγόμενος καταδικασθῇ, ἀναιρεῖται ἡ τὲ διαφέροντος μεθοδεία. δεχόμενος γὰρ τὸ κεφάλαιον, δοκεῖ συγχωρεῖν τὴν ποινήν. i. e. *Si post moram factam fideiussorem acceperit stipulator arbitrariae actionis nomine, si acceperit sortem, vel ibi petatur, ubi solvi placuit: vel si in sortem tantum reus condemnatus sit, usurarum petitio cessat: nam qui sortem accipit, poenam remittere videtur.* Es scheint daher fast keinem weitern Zweifel unterworffen zu seyn, daß die Entscheidung der Frage erst in den nachfolgenden Worten

97) Tract. III. ad African. ad L. 8. D. h. t.

98) Ration. et Differentiar. iur. civ. Lib. I. cap. 20. bey MEERMAN Tom. III. pag. 290. sq.

99) Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 73. in fin.

100) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 9. Const. 10. pag. 575.

ten enthalten sey. Soll nun nach denselben das arbitrium iudicis nur dann wegfallen, wenn der Gläubiger das schuldige Kapital ohne Vorbehalt angenommen, oder solches an dem bestimmten Zahlungsorte eingeklagt hat, so scheint sich der Schluß von selbst zu ergeben, daß in dem entgegengesetzten Falle, da nämlich der Bürge an einem andern Orte mit der actione arbitraria belangt wird, derselbe ebenso wohl, wie der Hauptschuldner, dem Gläubiger das Interesse zu vergüten verurtheilt werden könne, wenn man auch annimmt, es sey solches in der obligatio selbst, das ist, in dem stipulirten Gegenstande nicht mit begriffen. Allein wer die bescheidene Art, mit welcher Paulus, bey Erörterung civilistischer Controversen, seine Meinung auszudrücken pflegt, aus seinen *libris Quaestionum* kennen gelernt hat [1]), wird gewiß einem Franz Duaren [2]), einem Anton Faber [3]), und Gerhard Noodt [4]) seinen Beyfall nicht versagen können, wenn diese großen Rechtsausleger die Worte: *videamus*, *ne ea pecunia* etc. im Geist des Paulus, und nach dem seiner Bescheidenheit angemessenen Redegebrauche [5]), so verstehen, daß dieser römische Jurist hierdurch den Rechtssatz habe aussprechen wollen: der Bürge, wenn er gleich in Rücksicht der actio arbitraria fidejubirt hätte, hafte dennoch, wenn er selbst mit dieser

1) S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Videre.*

2) Commentar. ad h. Tit. Cap. IV. *Operum* pag. 927.

3) Rational. in Pand. ad L. ult. D. h. t.

4) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Nisi molesta erit. Oper.* Tom. II. pag. 311.

5) S. *Gottfr.* MASCOVII Orat. de modestia veterum Ictorum. *Harderovici 1729.* et rec. *Lipsiae 1741.* 4.

ser Klage in Anspruch genommen wird, für das Interesse nicht, welches dem Gläubiger wegen der mora des Schuldners vom Richter hätte zuerkannt werden können, wenn er die actionem arbitrariam gegen diesen angestellt hätte, und zwar darum, weil dieses Interesse nicht zur obligatio des Schuldners gehöre, für welche die Bürgschaft nur allein geleistet worden ist. Nur das, was stipulirt worden ist, macht den Gegenstand der obligatio aus. Nun ist nur stipulirt, daß die schuldige Summe an dem bestimmten Orte bezahlt werden solle. Was der Richter bey der actione arbitraria ausserdem dem Gläubiger zuerkennen kann, ist nicht durch Stipulation versprochen worden, sondern eine Accession, welche der Gläubiger dem richterlichen Amte zu verdanken hat, und gehört also nicht zu der obligatio, wofür der Bürge angenommen worden ist. Paulus bestätiget seine Meinung durch folgende Gründe. Erstens, wenn dem Gläubiger das Interesse iure obligationis gebührte, so könnte es immer noch gefordert werden, wenn auch gleich die stipulirte Schuld schon wäre bezahlt worden. Allein dies ist bey der actione arbitraria der Fall nicht. Denn wenn auch jetzt erst, nachdem schon in Rücksicht dieser Klage ein Bürge war angenommen worden, das schuldige Capital bezahlt würde, und zwar nicht gerade von dem Bürgen, sondern von dem Schuldner selbst, der schon in mora war, so würde dennoch das arbitrium iudicis wegfallen, das ist, kein weiteres Interesse gefordert werden können; sondern der Richter müßte den Beklagten freysprechen, wenn er deswegen belangt werden wollte, und noch vielmehr also den Bürgen, wenn dieser selbst actione arbitraria belangt würde. Denn sobald durch Bezahlung der Schuld die Klage aufgehoben ist,

kann

kann auch das officium iudicis nicht weiter Platz greiffen. Zweytens, wenn der Gläubiger nach eingetretener mora des Schuldners, und geschehener Annehmung des Bürgen das schuldige Capital an dem bestimmten Zahlungsorte einklagte, so hätte nur die actio directa Statt. So wie hier alles arbitrium iudicis wegfällt, so kommt auch kein weiteres Interesse in Betrachtung [6]). Sicher würde aber der Schuldner von dessen Leistung nicht freyzusprechen seyn, wenn der Gläubiger das Interesse iure obligationis zu fordern hätte. Aus beyden Argumenten gehet also klar hervor, daß das Interesse, welches der Gläubiger wegen der mora des Schuldners, welcher nicht an dem bestimmten Orte Zahlung leistete, von dem Schuldner selbst mit der actione arbitraria hätte fordern können, weder zur obligatio des Bürgen noch des Hauptschuldners gehöre. Man möchte zwar einwenden, wenn der Richter den Schuldner, welcher 100 Gulden zu bezahlen hatte, wegen des Interesse in eine Summe von 125 fl. hätte condemniren müssen, und nun 100 fl. von der ganzen Summe bezahlt worden sind, so sey das Gezahlte auf Capital und Interesse abzurechnen. Es müßte also nun noch der Rückstand gefordert werden können. Allein Paulus giebt dieses nicht zu, und zwar aus dem Grund, weil der Gläubiger, wenn er das Geld einmal ohne Vorbehalt angenommen, sich des zu fordernden Schadensersatzes stillschweigend begeben hat.

6) *L. 4. pr. De b. t.*

§. 847.

Was ist Rechtens, wenn an mehreren Orten eine Leistung versprochen worden ist? Ferner wenn Jemand stipulirt hat, daß ihm, oder einem Dritten die Zahlung an dem bestimmten Orte geschehen solle? Wenn fällt die actio arbitraria weg?

Sind mehrere Zahlungsorte bestimmt, so unterscheiden die Gesetze zwey Fälle.

1) Sie sind **copulativ** bestimmt. Hier kann der Gläubiger actione directa an jedem Orte nur auf die Hälfte der schuldigen Zahlung klagen. Klagt er aber an einem von beyden Orten, oder an einem dritten Orte auf das Ganze, so muß es actione arbitraria geschehen, und dann kommt das intereſſe loci in Anschlag, welches nach richterlichem Ermessen zu bestimmen ist. Von diesen Falle handelt *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* Si quis ita stipulatur, *Ephesi et Capuae*, hoc ait [7]), ut *Ephesi partem et Capuae partem petat.* [8])

2) Sie

7) So lieset die **Florentine**. Allein **Haloander** und **Baudoza** haben hoc agit. Eben so lieset auch unser Erlanger Pandecten Codex. Diese Leseart billiget besonders *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *A.* §. 2. *et* 3. pag. 308. in fin. und erklärt die Worte *hoc agit* so: eius propositum est.

8) Das Wort *pars* drückt in Ermangelung einer andern Bestimmung immer die Hälfte eines gewissen Ganzen aus. *L. 164. §. 1. D. de Verb. Significat. L. 43. D. de Usufr.* Wird mit der actione arbitraria an einem von beyden Zahlungsorten auf das Ganze geklagt, so ist nur das Intereſſe in Rücksicht desjenigen Orts zu schätzen, wo die andere Hälfte der schuldigen Leistung hätte geschehen sollen. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 2. §. 4. D. h. t. pag. 465. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 309.

2) Sie sind alternativ bestimmt. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken.

a) Die Sache, welche an dem einen oder dem andern Orte gegeben werden soll, ist die nämliche. Hier kommt es zuvörderst darauf an, zu wessen Besten diese alternative Bestimmung geschehen ist. Dann hat dieser die Wahl. Ausserdem kann der Schuldner wählen, an welchem der genannten Orte er zahlen will. Ist er aber säumig, und läßt es zur Klage kommen; so hat nun der Kläger die Wahl, wo er die Zahlung fordern will. Klagt er jedoch an einem der genannten Orte, so reicht die actio directa hin; klagt er hingegen an einem dritten Orte, so muß er sich, mit Angabe der bestimmten Zahlungsorte, der actio arbitraria bedienen. Von diesem Falle handelt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* welche schon oben (S. 311. ff.) erklärt worden ist.

b) Es sind verschiedene Sachen, die eine an diesem, die andere an jenem Orte, alternativ versprochen worden. Auch hier hat anfangs der Schuldner die Wahl, diese geht aber nach vorhandener mora auf den Gläubiger über; doch darf weder jener noch dieser die Alternative trennen. Klagt jedoch der Gläubiger an einem dritten Orte, so muß dieses actione arbitraria geschehen, und hier dem Schuldner die Wahl gelassen werden [9]).

Ist ausgemacht worden, daß das versprochene Object dem Stipulator oder einem Dritten an dem bestimmten Orte geleistet werden solle, so hat eigentlich nach der Strenge des Rechts nur der Stipulator eine Klage, nicht der Dritte [10]); jedoch

9) VOET Comm. ad Pandect. h. t. §. 4.

10) Von diesem sagen die Gesetze: *solutionis tantum causa adjectus*

jedoch kann der Promissor dem Dritten Zahlung leisten [11]). Dieses ist nun entweder der Stipulation gemäß an dem bestimmten Zahlungsorte geschehen; und dann ist die actio ex stipulatu ipso iure aufgehoben, und die Verbindlichkeit getilgt; oder die Zahlung ist an einem andern, als dem contractmäßigen Orte, geschehen. Hier wird eigentlich der Promissor nach der Strenge des Rechts von seiner Verbindlichkeit nicht frey. Der Stipulator kann also noch gegen ihn klagen. Nun könnte zwar der Promittent dem Kläger die Einrede entgegensetzen, daß er die Zahlung dem adiecto geleistet habe [12]); allein der Kläger würde ihm doch immer mit der Replic zurückweisen können, daß der adjectus solutioni nur als Mandatar zu betrachten sey, und also dadurch, daß er die Zahlung gegen die Formel der Stipulation an einem andern Orte angenommen, die Gränzen des Auftrags überschritten habe. Er kann also auf diesem Wege wenigstens noch eine Vergütung des Interesse fordern. Dies ist es, was Ulpian *L.* 2. §. 7. *D. h. t.* aus Julian anführt, wenn er daselbst sagt: Idem JULIANUS tractat, an is, *qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus jectus est. L.* 23. *D. de fideiussor. L.* 98. §. 5. *D. de Solution.* und dieser wird als Mandatar des Stipulators angesehen. §. 4. *I. de inut. stipulat. L.* 131. §. 1. *D. de Verb. oblig. L.* 98. §. 5. *in fin. D. de solut.* verglichen mit *L.* 12. §. 1. *D. eodem.* S. *Greg.* MAJANSII Diss. de Adjecto solutionis gratia. Tom. I. *Disputation. iuris civ.* Disp. VIII. pag. 142. sqq.

11) *L.* 7. §. 1. *D. de constit. pecun. L.* 10. *D. de solutionib.*

12) *L.* 30. *D. de constit. pecun.*

latus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere? Et JULIANUS scribit, liberationem non contigisse: *atque ideo posse peti, quod interest.* MARCELLUS autem et alias tractat, et apud JULIANUM notat, posse dici, et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamvis invitus accipere non cogar. Plane si non contigit liberatio, dicendum ait, supereſſe petitionem integrae summae; quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae: *et ideo, quod interest, solum petendum.* Man sieht aus dieser Stelle, daß Marcellus zwar anderer Meinung war. Dieser behauptete nämlich, wenn dem Gläubiger selbst die Zahlung an einem andern, als dem bestimmten Orte, geleistet wird, und dieser sie ohne Widerspruch annimmt, so werde der Schuldner hierdurch seiner Verbindlichkeit entlediget; allein wenn er das Geld dem Adjectus an einem andern Orte zahlt, als wo es vermöge der Stipulation hätte geschehen sollen, so werde er dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht frey, eben so wenig, als derjenige, welcher ein Haus an einem andern Orte erbauet, als wo es nach dem Contract erbauet werden sollte. Werde nun also der Schuldner nicht frey, so verbleibe dem Gläubiger sein Anspruch auf die ganze Summe. Allein Ulpian widerlegt diese Meinung aus dem Grunde, weil ein Unterschied zwischen der Bezahlung einer Summe und der Erbauung eines Hauses sey, und stimmt daher der Meinung Julians bey, daß der Gläubiger nicht die ganze Summe, sondern nur das intereſſe loci fordern könne. Die Klage, welche dem

Gläubiger zu diesem Zweck zusteht, ist keine andere, als die actio arbitraria [13]).

Die Condictio de eo quod certo loco fällt übrigens weg,

1) wenn an dem bestimmten Zahlungsorte geklagt wird [14]).

2) Wenn der Gläubiger das Geld an einem andern Orte freywillig und ohne Protestation annimmt. Denn dadurch hat er sich des Rechts, Schadloshaltung zu fordern, begeben [15]). Auch kann

3) der Richter zuweilen den Kläger an den bestimmten Zahlungsort verweisen, und den Beklagten gegen Cautionsleistung absolviren, daß er dort wirklich Zahlung leisten werde. Die Billigkeit, welche der Richter vorzüglich bey dieser Klage zur Richtschnur nehmen muß, bringt zuweilen ein solches Verfahren mit sich. Denn es kann z. B. seyn, daß der Schuldner an dem bestimmten Zahlungsorte das Geld schon deponirt hat, oder daß es ihm sonst daselbst leichter sey, als anderwärts Zahlung zu leisten. Nun darf der Richter den Schuldner nicht weiter belästigen, als es die Entschädigung des Gläubigers erfordert. Es gehört hierher

13) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. §. 7. L. 2. D. h. t. pag. 469. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 309. §. *subveni*. *Io.* VOET Comm. in Pand. h. t. §. 7. und *Greg.* MAJANSII Disp. de Adjecto solutionis gratia. Disp. VIII. §. 26. (Vol. I. *Disputation. iur. civ.* pag. 160.)

14) *L. 4. pr. D. h. t.*

15) *L. ult. in fin. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

hierher die Stelle aus Ulpians *libro* 27. *ad Edictum in L.* 4. §. 1. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, cum ſit arbitraria, abſolvere reum debet, *cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſolvenda, ubi promiſſa eſt* [16]). Quid enim, ſi ibi

16) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 4. §. 1. D. h. t. und Conjecturar. iur. civ. Lib. XV. cap. 2. pag. 484. hält dieſe Worte für einen Tribonianismus, wenn er auch übrigens die Billigkeit anerkennt, den Beklagten aus den angeführten Gründen zu abſolviren. Nur die Nothwendigkeit einer Cautionsleiſtung will ihm nicht einleuchten. Allein daß dieſe allerdings nöthig ſey, erhellet daraus, weil ja dem Kläger, wenn der Beklagte von der Klage loßgeſprochen iſt, keine actio iudicati gegen denſelben zuſteht; der Anſtellung der erſten Klage aber die exceptio rei iudicatae entgegen ſtehen würde. Zwar wird am Zahlungsorte nicht die actio arbitraria, ſondern die actio directa angeſtellt, und nur von der erſtern iſt der Beklagte entbunden worden. Allein die actio arbitraria iſt ja nur ein Beyſatz der Hauptklage, und überdem hat die exceptio rei iudicatae Statt, wenn das Nämliche, obgleich mit verſchiedenen Klagen, gefordert wird. *L. 5. D. de except. rei iudic.* Es iſt auch endlich gar nicht ungewöhnlich, daß dem Beklagten eine Cautionsleiſtung auferlegt wird, wenn er von der angeſtellten Klage entbunden werden ſoll. Man ſehe *L. 16. §. 3. D. de pign. et hyp. L. 47. §. 3. L. 69. §. ult. D. de legat. 1. L. 14. §. 5. et 11. D. Quod met. cauſ. L. 21. D. de Rei vind. L. 16. pr. D. de heredit. petit. L. 25. §. 3. D. Solut. matrim. L. 21. §. 3. D. de aedilit. edicto. L. 5. §. ult. D. ad Exhibend. L. 5. §. 2. et 3. D. de cond. cauſ. dat. L. 8. §. ult. D. Mand.* Eben dies hat auch ſchon CUJACIUS Lib. 21. Obſervation. cap. 30. bemerkt, und *Iuſt.* MEIER Ενδοξων Iuſtinianeor. ſ. Disputation. apologeticar. iur. civ. Decad. IV. Cap. 7. hat den Anton Faber ausführlich widerlegt.

vel oblata pecunia actori dicatur, vel depoſita, vel ex facili ſolvenda? Nonne debebit interdum abſolvere? In Summa, aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus eſt [17]).

§. 848.

Heutiger Gebrauch dieſer Condiction.

Ueber den heutigen Gebrauch der condictio de eo quod certo loco urtheilen unſere practiſchen Rechtsgelehrten ſehr verſchieden. Einige ſetzen denſelben dergeſtalt als bekannt voraus, als ob davon gar keine weitere Frage ſeyn könne. Man vergleiche z. B. Lauterbach [18]) und Schmidt [19]). Quirinus Schacher [20]) giebt uns ſogar ein Formular zur Einrichtung der Klagſchrift. Andere hingegen bezweifeln den heutigen Nutzen dieſer Klage gänzlich, weil ſelbſt die

17) *Fr.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. in fin. *Oper.* pag. 925. meint, es müſſe ſtatt addictus vielmehr *additus* geleſen werden. Denn die Alten hätten addere iudicem iudicio geſagt. *L. 39. pr. D. de iudic.* Daher lieſet auch Haloander *additus eſt.* Allein eine Aendernung der Leſeart iſt hier ganz unnöthig. Der Ausdruck *addicere iudicem* iſt viel gewöhnlicher. Man ſ. MACROBIUS *Saturnal. I. 16. L. 80. D. de iudic. L. 59. §. ult. D. ad Sctum Trebell.* Selbſt in der von Duaren citirten *L. 39. D. de iudic.* heißt es ausdrücklich *iudex addicitur.* Vergleiche den 6. Th. dieſes Commentars §. 499. S. 168. und meine *Opuſcula* Faſcic. II. pag. 366. et pag. 392.

18) Colleg. th. pr. Pand. h. t.

19) Lehrbuch von Klagen §. 1389. — 93.

20) Colleg. Practic. ad Pand. h. t. pag. 145.

die Römer sie bey den bonae fidei Geschäften für unnöthig hielten; diejenigen Klagen aber, welche bey den Römern stricti iuris waren, heutzutage von den actionibus bonae fidei nicht mehr unterschieden wären. So Böhmer [21]), Beyer [22]), und Schaumburg [23]). Noch andere unterscheiden mit Stryk [24]), ob von dem Gebrauche der Klage an sich, oder von den Grundsätzen die Rede sey, welche das Römische Recht dem Richter bey der Bestimmung des Interesse wegen des Zahlungsorts vorschreibt. Jener falle heutzutage weg, weil die aus dem eingegangenen Hauptgeschäfte entspringende Klage schon an sich hinreiche, um damit das interesse loci zu erhalten. Die letzteren hingegen dienten dem Richter auch noch jetzt zur Norm. So unterscheidet auch Hellfeld. Am Ende läuft wohl alles auf einen bloßen Wortstreit hinaus, wie der große Johann Schilter [25]) sehr richtig urtheilt. Certum est, sagt er, in nostro foro perinde esse, sive quis *directa*, sive *utili* actione agat. Nec enim nomen *purae* sive directae, aut *utilis*, vel arbitrariae est exprimendum: porro effectus institutae actionis et implorati officii iudicis haud mercenarii utique nostro libellandi more committitur arbitrio iudicis. Im Grunde ist denn doch die condictio de eo quod certo loco keine neue, sondern die aus dem eingegangenen Geschäft entspringende Klage,

21) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. V. §. 53.

22) Delineat. iuris civ. positionibus compreh. sec. Pand. h. t. Princip. pag. 280.

23) Compend. iur. Dig. h. t. §. 2.

24) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

25) Prax. iuris Rom. Exercitat. XXIV. §. 69.

Klage, welche hier nach den Grundsätzen des strengen Rechts blos einen Zusatz erhält, um den Richter in den Stand zu setzen, nach seinem billigen Ermessen derjenigen Parthey das Interesse zusprechen zu können, welche durch die Abänderung des Zahlungsorts einen Schaden leidet. Ob man diese Klage actio directa oder arbitraria nennt, ist insofern gleichviel, als wir die Klage vor Gericht nicht mehr bey ihrem Namen nennen. Daß übrigens die Grundsätze des Römischen Rechts von der Bestimmung des Zahlungsortes, und des Interesse desselben noch jetzt gelten, leidet keinen Zweifel.

Lib. XIII. Tit. V.

De pecunia conſtituta.

§. 849.

Erklärung der Benennungen: *conſtituere*, *pecunia*, *conſtitutum*, *proprium*, und *alienum*; *receptum*, *actio receptitia* und *de conſtituta pecuni*

Die *actio de conſtituta pecunia* oder *conſtitutoria*, von welcher in dieſem Titel gehandelt wird, iſt eine prätoriſche Klage, die aus einem Vertrage entſpringt, welcher *conſtitutum* genennt wird. Um die Beſchaffenheit dieſes Vertrages, und der daraus entſtehenden Klage richtig einzuſehen, müſſen vor allen Dingen einige hier vorkommende Ausdrücke erklärt werden.

1) Das Wort *conſtituere* bedeutet eigentlich ſoviel, als Etwas mit Ueberlegung beſchlieſſen und gewiß machen [26]). Eine ſolche Ueberlegung und feſte Entſchließung wird bey demjenigen angenommen, welcher in Beziehung auf

26) Viele hierher gehörige Stellen aus den Klaſſikern hat *Io. Frid.* GRONOV Obſervation. Lib I. cap. 1. pag. 12. edit. *Platner.* geſammlet. Man ſehe auch GUNDLING in Gundlingian. Stück 20. Nr. IV. §. 4. ſqq. pag. 480. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 8. I. de actionib.

auf eine schon vorhandene Schuldverbindlichkeit Zahlung zu leisten verspricht. Denn Zahlung setzt immer das Daseyn einer Schuld voraus. Wer also Zahlung verspricht, erkennt auch dadurch die Schuld selbst als richtig an. Daher heißt nun *constituere* im rechtlichen Sinn soviel, als mit bloßen Worten, und ohne Stipulation, versprechen, daß man eine gewisse Schuld bezahlen wolle, es beziehe sich nun dieses Versprechen entweder auf die eigene Schuld des Constituenten, oder auf eine fremde Schuld [27]). In dieser Bedeutung wird das Wort *constituere* hier genommen. Der Prätor sagt in seinem Edict *L.* 1. §. 1. *D. h. t. Qui pecuniam debitam constituit;* und noch deutlicher lehrt Justinian §. 9. *I. de actionib. De constituta pecunia* cum omnibus agitur, *quicunque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita*, nam alioqui si *stipulanti* promiserint, *iure civili* tenentur.

2) Das Wort *pecunia* hat hier eine sehr ausgedehnte Bedeutung, und wird für eine jede Sache genommen, welche der Gegenstand einer Verbindlichkeit seyn kann, sie sey von welcher Art sie wolle, eine körperliche oder unkörperliche, eine bewegliche oder unbewegliche, eine fungible oder nicht fungible [28]); wenn auch die Sache nicht mehr existirt, wofern sie nur nach eingetretener mora zu Grunde gieng, weil hierdurch die Verbindlichkeit perpetuirt worden

27) BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Constituere*, und *Franc.* DUARENUS in Comm. ad hunc Tit. Cap. 1. *Operum* pag. 928.

28) *L.* 2. *Cod. de constit. pecun.* verglichen mit *L.* 5. *L.* 23. *L.* 178. *L.* 222. *D. de Verb. Signif.*

worden ist [29]). Ja es werden hier auch sogar facta darunter begriffen [30]).

3) Nach der Strenge des Römischen Rechts hatte aus einem pacto nudo bekanntermassen keine Klage Statt, wenn das Versprechen nicht durch eine feyerliche Stipulation war bekräftiget worden. Die bloße Zusage, daß man dem Andern etwas leisten wolle, wirkte an sich keine klagbare Verbindlichkeit, wenn sie auch noch so oft war wiederholt worden [31]). War hingegen die wiederholte Zusage in Beziehung auf eine schon vorhandene Verbindlichkeit geschehen, so hielt es der Prätor der natürlichen Billigkeit gemäß, aus einem solchen Versprechen eine Klage zu gestatten, weil unter diesen Umständen eine Uebereilung auf Seiten

29) *L. 21. pr. D. h. t.* Promissor Stichi, post moram ab eo factam, mortuo Sticho, si constituerit, se pretium eius soluturum, tenetur. — *L. 23. D. eodem.* Promissor hominis, homine mortuo, cum per eum staret, quominus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium eius solvat.

30) *L. 14. §. 1. et 2. L. 16. §. 2. et fin. L. 17. L. 21. §. fin. L. 23. D. h. t.* S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. Auch facta aliena können der Gegenstand eines Constitutums seyn, insofern man überhaupt darüber paciscren kann. *L. 38. §. 2. D. de Verb. obligat. §. 3. I. de inutil. stipulat. L. 14. §. 2. D. h. t.* S. *Ern. Frid.* SCHROETER Diss. de constituto conventionali seu obligatorio. *Ienae 1664.* Th. 16.

31) *L. 14. Cod. de pactis.* S. *Petr.* GRANGIANUS Paradox. iuris civ. cap. 38. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 632.) BACHOVIUS ad *Wesenbecii* Paratitla Pand. h. tit. nr. 4. pag. 255. et ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. 23. Th. 7. lit. G.

Seiten des Promittenten nicht wohl mehr angenommen werden konnte, vielmehr der ernstliche und überlegte Wille, sich verbindlich zu machen, hierdurch nun ausser allem Zweifel gesetzt war [32]). Daher sagt Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.* Hoc Edicto Praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, *quoniam grave est, fidem fallere.* Hieraus entwickelt sich nun der richtige Begriff vom *Constitutum* [33]), worunter also ein durch das prätorische Recht bestätigter Vertrag verstanden wird, wodurch Jemand, etwas namentlich zur Erfüllung einer schon vorhandenen Verbindlichkeit leisten zu wollen, ohne Stipulation verspricht [34]), und dieses ist von zweyerley Art, entweder *constitutum proprium* s. *debiti proprii*, wenn sich das Versprechen auf die eigene schon vorhandene Schuld-

verbind-

32) S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad L. 1. D. h. t. pag. 533. sq. und PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 18. nr. 2.

33) Man unterscheide davon das *constitutum possessorium*, wovon oben im 8. Theile dieses Commentars §. 581. S. 106. gehandelt worden ist. Zum Unterschiede wird das *constitutum*, von welchem hier die Rede ist, *obligatorium*, oder *conventionale* genennt. S. *Andr.* MYLII Diss. de constituto obligatorio. *Lipsiae 1682.* und *Ioa. Casp.* BRENDEL Disp. de constituto conventionali. *Viteb. 1694.*

34) CUJACIUS in Paratitl. ad h. Tit. RAGUELLUS in Comm. ad Constitut. et Decis. Iustiniani ad L. 2. C. de const. pecun. pag. 204. und ZOESIUS in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. wollen zwar das constitutum zu den benannten Contracten zählen; allein ohne Grund. Man sehe vielmehr HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligation. Diss. VII. Cap. VI. §. 11. et 12. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVII. Th. 1.

Verbindlichkeit des Constituenten bezieht, deren Erfüllung auf diese Art versichert wird [35]); oder *constitutum alienum*, s. *debiti alieni*, wenn sich das Versprechen auf eine fremde Schuld bezieht, deren Bezahlung der Constituent auf den Fall verspricht, da der Schuldner keine Zahlung leisten sollte [36]). Eine Art von constitutum war vor Justinian auch das *receptum*. Dies war aber ein Institut des Civilrechts, und hatte blos bey Argentarien Statt. Es ist älter, als das prätorische constitutum, und hat wahrscheinlich zu diesem, wie Noodt [37]) bemerkt, die Veranlassung gegeben. Den Ausdruck *recipere* brauchten die Römer unter andern auch dann, wenn Jemand sich zwar ohne Stipulation, aber doch mit andern dabey üblichen feyerlichen Worten, verbindlich machte, für einen Andern Zahlung zu leisten [38]). Die Argentarien, von deren Institut ich schon an einem andern Orte gehandelt habe [39]), hatten sich nun das Zutrauen des Publikums in einem so hohen Grade erworben, daß ihre bloße Zusage ohne Stipulation galt. Von diesem Zutrauen hieng auch freylich

35) Die Gesetze nennen dieses auch *suo nomine* constituere. *L. 1. §. 8. D. h. t.*

36) *L. 28. D. h. t.*

37) Commentar. ad Dig. h. t. Princ. Tom. II. *Oper.* pag. 312. Man sehe auch *Ev.* OTTO und *Ianus a* COSTA in Comment. ad §. 8. I. de Actionib.

38) S. SALMASIUS de modo usurarum pag. 721. besonders *Herm.* HUBERT Diss. II. de argentariis Cap. 2. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 120.)

39) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 786. S. 125. ff.

freylich die Dauer und Existenz ihres ganzen Instituts ab. Daher muste ihnen solches die Gesetzgebung selbst sichern, wenn der Zweck dieses Instituts, nämlich Belebung des Credits und Hemmung des Wuchergeistes, vollkommen erreicht werden sollte [40]). Wenn nun also diese Argentarien ihren Kunden ohne Stipulation versprachen, ihnen dafür zu stehen, daß sie dasjenige, was dieser oder jener ihnen schuldig war, zur bestimmten Zeit und an dem bestimmten Orte bezahlt erhalten sollten; z. B. *Quae Sempronius tibi debet ex mutuo, ea ego recipio*, oder *ea penes me habes*; so hieß ein solches Geschäft *receptum* [41]). Der Unterschied zwischen diesem und dem prätorischen constitutum bestand darin. Das *constitutum* hatte nur bey fungiblen Sachen Statt, in welchen auch ein Darlehn gegeben wurde;

40) S. Grolmans Magazin für die Philosophie u. Geschichte des Rechts 1. Band S. 319. ff.

41) Wenn Ulpian *L. 6. §. 3. D. de Edendo* sagt: Sed et quod *solvi constituit*, ARGENTARIUS edere debet: *nam et hoc* EX ARGENTARIA *venit*, so erhellet hieraus, daß es ein Hauptgeschäft der Argentarien gewesen sey, durch das receptum den Gläubiger gegen die Gefahr, es mit unsichern Schuldnern aufnehmen zu müssen, zu decken. Es ist merkwürdig, daß hier der Ausdruck *constituere* auch von Argentarien gebraucht wird. SALMASIUS hält zwar c. l. pag. 722 das Wort *constituit* für einen Tribonianismus, und glaubt Ulpian habe: *recepit*, geschrieben. Allein ohne Grund. Denn auch das *receptum* war eine Art von *constitutum*, wie Theophilus in Paraphr. graeca ad §. 8. I. de actionib. lehrt. Man sehe auch HUBERT cit. Dissertat. II. de argentariis veterum Cap. II. §. 2. und *Gregor.* MAJANSII Disput. de Edendo §. 25. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. II. pag. 225.)

wurde; das *receptum* hingegen konnte alle Arten von Sachen, bewegliche und unbewegliche, zum Gegenſtande haben. Denn der Geſchäftskreis der Argentarien erweiterte ſich in der Folge ſehr. Sie beſorgten Kauf- und Tauſchgeſchäfte [42]); auch ſtanden ſie den öffentlichen Verſteigerungen vor, und trieben die rückſtändigen Auctionsgelder von den Käufern bey [43]). Daher wurden bey ihnen Sachen aller Art deponirt, weil ſie gleichſam publicae fidei ſequeſtres waren [44]). Ferner das *conſtitutum* ſetzte immer eine ſchon exiſtirende Schuld voraus. Ein receptum hingegen konnte auch für eine ſolche Schuld eingegangen werden, welche jetzt noch nicht vorhanden war, ſondern noch von zufälligen Umſtänden abhing. Z. B. ein Argentar verſprach für Jemanden auf den Fall, daß derſelbe eine gewiſſe Sache kaufen würde, das Kaufgeld zu bezahlen [45]). Auch die Klage aus beyden Geſchäften war ganz verſchieden. Die Klage aus dem prätoriſchen conſtituto hieß *actio de conſtituta pecunia*, oder *de conſtituto*, auch *actio conſtitutoria*; die aus dem recepto hingegen *actio receptitia* [46]). Die letztere war eine actio civilis, und hatte nur gegen einen Argentar Statt, welcher mittelſt derſelben,

42) *L. 18. pr. D. de heredit. petit.*

43) CICERO *Orat. pro Caecinna.* Cap. 6. CUJACIUS Obſervation. Lib. X. cap. 14. und *Chr. Frid.* JÜNGER Commentat. de auctionibus vet. Romanor. *Chemnitz 1752.* §. 10.

44) SALMASIUS de modo uſurarum pag. 722.

45) *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 2. de conſtit. pecun. pag. 248. ſq. und *Iac.* CUJACIUS Recitat. ſolemn. in Cod. ad Tit. de conſtituta pecunia.

46) Juſtinian gedenkt dieſer Klage in §. 8. *I. de Actionib.*

wenn dem recepto gemäß keine richtige Zahlung erfolgt war, sofort belangt werden konnte, ohne den Hauptschuldner erst ausklagen zu dürfen [47]). Erstere hingegen war eine actio praetoria, welche zwar gegen jeden Constituenten Statt hatte, allein nur auf fungible Sachen ging. Ferner die actio receptitia war eine actio perpetua, die actio constitutoria aber war in gewissen Fällen nur annalis. Theophilus hat in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [48]) den Unterschied zwischen beyden Klagen sehr genau angegeben, wenn er nach der lateinischen Uebersetzung des Reitz sagt: Erat autem olim huic *pecuniae constitutae actioni* similis etiam ACTIO RECEPTITIA, quae competit *argentario respondente et constituente.* Et receptitiae quidem actionis ac pecuniae constitutae convenientia haec est, quatenus utraque *ex constituendo* nascitur: differentia autem, quod *pecuniae* quidem *constitutae actio* in quovis alio constituente locum habeat, *receptitia* autem in solo argentario. Et altera est differentia, quod *pecuniae* quidem *constitutae actio* locum habeat, quando constituuntur, quae pondere, numero, mensura constant; sed *receptitia*, qualecumque, quod debetur, fuerit, sive mobile sive immobile, constituente argentario, institui potest. Itaque *pecuniae constitutae actio* personis

47) Hatte Jemand einem Argentar für einen Andern Zahlung zu leisten constituirt, so konnte derselbe den Constituenten eher nicht belangen, als wenn er zuvor den Hauptschuldner ausgeklagt hatte. S. CUJACIUS in Recitat. solemn. ad Tit. Cod. de constit. pecun.

48) Paraphr. graec. Lib. IV. Tit. 6. §. 8. pag. 797. edit. *Reitz.*

nis quidem ampliatur, namque quilibet conſtituit; ſed rebus coarctatur, ſola enim, quae ſunt ponderis, numeri, menſurae, conſtituuntur: *receptitia* autem e diverſo coarctatur perſonis, nam ſolus argentarius ea tenetur; ſed ampliatur rebus, quaelibet enim debita in ſe recipit.

Allein Kaiſer Juſtinian hob die *actio receptitia* auf, und gab der *actioni de pecunia conſtituta* nun auch in Anſehung des Gegenſtandes und der Dauer eben diejenige Ausdehnung, welche jene Klage gegen die Argentarien hatte. Dem conſtituto legte er zwar die Wirkung der Stipulation bey, jedoch ſollte daſſelbe darin ſeine urſprüngliche Natur behalten, daß die Eingehung deſſelben keine feyerlichen Worte erfordert, auch eine wirklich ſchon exiſtirende Schuld vorausſetzt, wenn beydes gleich beym recepto anders war, und die daraus entſpringende Klage, welche denn auch eine prätoriſche Klage nach wie vorhin bleibt, ſowohl active als paſſive auf die Erben übergeht. Nur wenn gegen einen Argentar de conſtituta pecunia geklagt wird, ſoll alles beym Alten bleiben, ſo wie es bisher beym recepto Rechtens war. Merkwürdig iſt folgende Conſtitution des Kaiſers Juſtinian.

L. 2. Cod. de conſtit. pecunia.

Receptitia actione ceſſante, quae ſolennibus verbis compoſita inuſitato receſſit veſtigio, neceſſario nobis viſum eſt, magis pecuniae conſtitutae naturam ampliare [49]). Cum igitur praefata pecuniae conſtitutae

49) MURETUS ad §. 8 I. de actionib. glaubt die eigentliche Conſtitution, wodurch die actio receptitia aufgehoben worden, ſey

actio in his tantummodo casibus a veteribus concluſa est, ut exigeret res, quae pondere, numero, menſura conſistunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem; et neque in omnibus casibus longaeva esset constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur, et dubitaretur, an pro debito sub conditione, vel in diem constituto eam possibile esset fieri, et an pure constituta pecunia contracta valeret: hac apertissima lege definimus, *ut liceat omnibus constituere non solum res, quae pondere, numero, mensura consistunt, sed etiam alias omnes, sive mobiles, sive immobiles, sive sese moventes, sive instrumenta, vel alias quascunque res, quas in stipulationem possunt homines deducere: neque sit in quocunque casu annalis: sed sive pro se quis constituat, sive pro alio, sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, id est, in annorum metis triginta: et liceat pro debito pure, vel in diem, vel sub conditione constitui: et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata sit, sed et heredibus et contra heredes competat: ut neque receptitiae actionis neque alio indigeat respublica in huiusmodi casibus adminiculo, sed sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens: ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro iam debito fiat constitutum: cum secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam si quid non fuerat debitum: cum satis absurdum, et tam nostris temporibus, quam iustis legibus con-*

sey verlohren gegangen, und hier werde sich blos darauf bezogen.

contrarium ſit, permittere per actionem receptitiam res indebitas conſequi, et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas, et promiſſiones corrumpi et reſtitui definiunt. Ut non erubeſcat igitur tale legum iurgium, hoc tantummodo conſtituatur, quod debitum eſt: et omnia, quae de receptitia in diverſis libris Legumlatorum poſita ſunt, aboleantur, et ſit pecuniae conſtitutae actio omnes caſus complectens, qui et per ſtipulationem poſſunt explicari. § 1. Et neminem moveat, quod ſub nomine *pecuniae* etiam omnes res exigi definiamus: cum et in antiquis libris prudentium, licet conſtituta pecunia nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, ſed omnes res, quae pondere, numero, menſura conſtitutae erant. Sed et poſſibile eſt, omnes res in pecuniam converti: ſi enim certa domus, vel certus ager, vel certus homo, vel alia res, quae expreſſa eſt, in conſtituendis rebus ponatur: quid diſtat a nomine ipſius pecuniae? Sed ut ſubtilitati eorum ſatisfiat, qui non ſenſum, ſed vana nominum vocabula amplecti deſiderant: ita omnes res veniant in conſtitutam actionem, tanquam ſi fuiſſet ipſa pecunia conſtituta: cum etiam veteres *pecuniae* appellatione omnes res ſignificari definiant, et huiusmodi vocabulum, et in libris iuris auctorum, et in alia antiqua prudentia manifeſtiſſime inventum ſit. §. 2. His videlicet, quae argenti diſtractores et alii negotiatores *indefenſe* 50) *conſtituerint,*

50) *Indefenſe* i. e. ut defendere ac tueri nulla exceptione ſe poſſint. So erklären hier dieſen Ausdruck *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. 2. pag. 250. *Iac.* CUJA-

erint [51]), in ſua firmitate ſecundum morem usque adhuc obtinentem durantibus [52]).

Die *actio de conſtituta pecunia*, oder *conſtitutoria* iſt nun alſo diejenige prätoriſche; auf natürliche Billigkeit gegründete, Perſonalklage, welche wider denjenigen, der entweder ſeine eigene, oder eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen durch neue Zuſage verſichert hat, oder auch gegen deſſelben Erben dahin angeſtellet wird, daß Beklagter ſein Verſprechen an dem Orte, oder zu der Zeit, und überhaupt auf die Art, wie ſolches verabredet worden, gehörig erfülle [53]).

CUJACIUS in Recitat. ſolemn. ad Cod. h. t. und *Ian. a* COSTA in Praelectionib. ad illuſtrior. quosdam Tit. locaque ſelecta iur. civ. ad h. L. 2. Cod. pag. 222. Die beyden erſtern wollen dieſe Stelle ſo verſtehen, daß wenn Argentarien für Andere conſtituirt haben, dieſelben belangt werden könnten, ohne ſich mit der exceptione excuſſionis ſchützen zu können, und beziehen ſich auf *Nov. 136.* Allein *Ian. a* COSTA c. l. bemerkt, daß dieſe Stelle auch darauf gehe, was ſonſt wegen einer noch nicht exiſtirenden Schuld beym recepto Rechtens war.

51) Accurſius will dieſe Stelle von den beſondern Statuten der Argentarien und Handelsleute verſtehen, welche Juſtinian hierdurch beſtätiget habe. Allein es iſt kein Grund vorhanden, hier von der Bedeutung des Worts conſtituere abzuweichen, in welcher dieſes Wort in der ganzen Verordnung genommen wird. Schon Raphael Fulgoſius verwarf daher mit Recht dieſe Erklärung.

52) Auf dieſe Conſtitution beruft ſich Juſtinian, wenn er §. 8. *I. de action.* ſagt: Sed ex noſtra conſtitutione, cum et ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniae conſtitutae transfuſum eſt, et ea (ſc. *receptitia*) quaſi ſupervacua, iuſſa eſt cum ſua auctoritate a noſtris legibus recedere.

53) S. Schmidts practiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen

§. 850.

Vom conſtituto debiti proprii.

Soviel nun I, das *conſtitutum debiti proprii* ſ. *proprium* anbetrifft, ſo bezieht ſich daſſelbe auf die eigene ſchon vorhandene Verbindlichkeit des Conſtituenten. Hierdurch unterſcheidet ſich dieſes conſtitutum ſowohl von einem *pacto geminato*, ſ. *reiterato*, mit welchem es von vielen vermiſcht wird, als von einer bloßen Ratihabition. Die bloße Wiederholung eines Verſprechens hatte nach Römiſchen Rechten an ſich die Wirkung nicht, die natürliche Verbindlichkeit aus einem pacto nudo in eine klagbare zu verwandeln, wenn ſie nicht in Beziehung auf das vorhergehende Verſprechen und in der Abſicht geſchahe, um die Erfüllung einer anerkannten Verbindlichkeit hierdurch zu verſichern. Nur durch dieſe Beſtimmung iſt das conſtitutum von einem pacto geminato zu unterſcheiden, wie einer unſer erſten heutigen Civiliſten [54]) vortrefflich gezeigt hat. Ueberdem kann ja auch jede Verbindlichkeit, wenn ſie auch nicht aus einem vorhergehenden Verſprechen herrührt, ſondern durch irgend eine andere erlaubte oder unerlaubte Handlung entſtanden iſt, zum Gegenſtande dieſes conſtituti gemacht wer-

gen §. 737. ff. und BOEHMERI Doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 20. ſqq.

54) Weber in der ſyſt. Entwickelung d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 125. Nur beyläufig warnten *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 8. I. de action. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 4. in fin. vor einer Vermiſchung des conſtituti mit einem pacto geminato in Beziehung auf *L. 14. C. de pact.*

werden [55]). Nicht nur Ulpian sagt *L.* 1. §. 6. *D. b. t.* Debitum *ex quacunque causa* potest constitui, id est, ex quocunque contractu, sive certi sive incerti; sondern eben dieses bestätiget auch Paulus namentlich von einer Verbindlichkeit aus Verbrechen, wenn er *L.* 29. *D. b. t.* sagt: Qui iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur actione, constituendo tenetur. Von einer bloßen Genehmigung unterscheidet sich hingegen das constitutum darin, daß jene auch bey solchen Geschäften wirksam seyn kann, die an sich ganz unverbindlich waren, dahingegen das constitutum immer eine schon vorhandene Verbindlichkeit voraussetzt, obgleich dasselbe an sich allemal eine Genehmigung in sich schließt. Von diesem constituto sind nun folgende Hauptsätze des römischen Rechts zu bemerken.

1) Ein constitutum proprium kann jeder eingehen, welcher sich in Rücksicht seines Vermögens auf eine rechtsgültige Art verbindlich machen kann [56]). Daher können auch Frauenspersonen auf diese Art constituiren [57]); Unmündige hingegen anders nicht, als mit Zustimmung des Vormundes [58]). Wenn ein filius-

55) S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLII. nr. 4.

56) S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad h. Tit. cap. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHROETER Diss. de constituto conventionali. Th. 11. et 12.

57) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Et *mulieres* de constituta pecunia tenentur, si non interceſſerint.

58) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* De *pupillo*, etsi nihil sit expressum Edicto, attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur.

filiusfamilias conſtituirt hat, ſo haftet er nicht nur ſelbſt de conſtituta pecunia, ſondern es kann auch der Vater de peculio belangt werden, nämlich ſoweit das Peculium zureicht [59]).

2) Es ſetzt eine auf irgend eine Art gültige Verbindlichkeit voraus, ſie ſey nun entweder in dem natürlichen, oder bürgerlichen, oder prätoriſchen Recht gegründet. Auch eine blos natürliche Verbindlichkeit iſt hinreichend, wenn ſie nur durch die bürgerlichen Geſetze nicht gänzlich vernichtet iſt. Ulpian ſagt *L.* 1. §. 7. *et* 8. *D. h. t.* Debitum autem vel *natura* ſufficit. Sed et is, qui *honoraria actione*, non *iure civili* obligatus eſt, conſtituendo tenetur: videtur enim debitum, et quod *iure honorario* debetur. Et ideo et pater et dominus de peculio obſtricti, ſi conſtituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum conſtituebatur. Iſt die Verbindlichkeit blos in dem Civilrecht gegründet, ſo darf ſie nicht durch das prätoriſche Recht vernichtet ſeyn, wenn das darüber eingegangene Conſtitutum gelten ſoll. Ulpian lehrt dieſes ebenfalls, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. eodem* ſagt: Si quis autem conſtituerit, quod *iure civili* debetur, *iure praetorio* non debebat, id eſt, per exceptionem: an conſtituendo teneatur, quaeritur? Et eſt verum, ut et POMPONIUS ſcribit, eum non teneri: quia *debita iuribus* non eſt pecunia, quae conſtituta eſt. Hieraus iſt

59) *L.* 1. §. 3. *D. eodem.* Sed ſi *filiusfamilias* conſtituerit, an teneatur, quaeritur? Sed puto verum, et ipſum conſtituentem teneri, et patrem de peculio. S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 312.

ist nun die Frage zu entscheiden, ob und in wiefern ein an sich ungültiges Versprechen, oder auch ein nicht vollkommen wirksames Geschäft durch ein constitutum proprium gültig und wirksam gemacht werden könne [60])? Man hat hier folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist von solchen Geschäften die Rede, welche nach Vorschrift der Gesetze ganz ungültig und unwirksam sind. Hier ist es ausser Zweifel, daß bey solchen Geschäften ein eigentliches constitutum nicht Statt finden könne [61]). Denn dieses ist ohne eine vorhandene Verbindlichkeit undenkbar. Hactenus constitutum valebit, sagt Ulpian *L.* 11 *pr. D. h. t.* si, quod constituitur, *debitum* sit. Allein Geschäfte, welche die Gesetze für völlig ungültig erklären, können in den Gerichten nicht anders behandelt werden, als ob gar keine, mithin auch keine natürliche Verbindlichkeit daraus entstanden ist. Es fragt sich aber, ob nicht wenigstens durch nachherige Genehmigung das an sich ungültige Geschäft verbindlich werden könne? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einerley Meinung. Einige [62]) tragen kein Bedenken, diese Frage zu bejahen. Andere [63]) hinge-

60) Man sehe über diese Frage vorzüglich Webers syst. Entwickelung d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 126. u. 127.

61) ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 5. MYLIUS in Diss. de constituto obligatorio. Posit. 8.

62) NETTELBLADT Systeм. elementar. iurisprud. positivae Germanor. §. 129. THIBAUT Syst. des P. R. §. 83.

63) S. *Io. God.* MEIERI Sched. de iure ratihabitionis. *Giessae 1720.* 4. §. 15.

hingegen stellen den ganz entgegengesetzten Grundsatz auf: actus in se plane nulli non possunt ratihaberi. Um diese verschiedenen Meinungen zu vereinigen, sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Der Grund der Ungültigkeit liegt in einer persönlichen Qualität des Urhebers des Geschäfts. Dieser gehört nämlich zu den Personen, welche nach Vorschrift der Gesetze ganz unfähig sind, über das Ihrige nach Willkühr zu verfügen, und sich verbindlich zu machen. Hier kann, so lange dieses persönliche Verhältniß fortdauert, auch die wiederholte Zusage einer solchen Person das ungültige Geschäft nicht gültig machen. Dies ist der Fall bey Unmündigen, gerichtlich erklärten Verschwendern, u. d. Hört hingegen jenes Verhältniß auf, so können jetzt die wegen der ehemaligen persönlichen Unfähigkeit unverbindlichen Geschäfte durch nachherige Genehmigung allerdings verbindlich werden [64]). Ein constitutum kann hier darum nicht angenommen werden, weil aus dem ohne vormundschaftliche Zustimmung geschehenen Versprechen solcher unfähiger Personen auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit entsteht, die sie selbst treffen könnte [65]).

2) Das Geschäft ist wegen mangelnder freyen Einwilligung desjenigen ungültig, welcher dasselbe geschlossen hat. Es ist z. B. durch Unwissenheit und Irrthum, oder durch Betrug, oder durch widerrechtlichen Zwang veran-

laßt

64) S. Weber a. a. O. §. 127.

65) *L. 41. D. de condict. indeb. §. 3. I. Quib. mod. obligat. tollit.*

laßt worden. Daß ein solches Geschäft in der Folge durch freywillige Genehmigung gültig werden könne, leidet keinen Zweifel [66]).

3) Das Geschäft ist wegen fehlender gesetzlichen Form an sich nichtig. Hier kann zwar die nachher erfolgte Genehmigung das ungültige Geschäft nicht gültig machen. Denn die Form eines rechtlichen Geschäfts ist iuris publici, und hängt, wie Ziegler [67]) ganz richtig bemerkt, nicht von der Willkühr derjenigen ab, welche das Geschäft schließen. Daher ist es eine ganz allgemeine Regel, welche Paulus *L.* 29. *D. de div. reg. iur.* giebt, Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, welche nicht blos auf Testamente, sondern auch auf Contracte geht, wie Jacob. Gothofredus [68]) und Joseph Averanius [69]) sehr ausführlich gezeigt haben. Allein die nachherige freywillige Anerkennung, welche von demjenigen geschehen ist, welcher die Handlung als nichtig hätte anfechten können, kann dennoch Verbindlichkeiten begründen, und auch selbst bey letzten Willensverordnungen von wichtigen Folgen seyn [70]), so wahr auch übrigens der Grundsatz bleibt,

66) *L.* 2. *et* 4. *Cod. de his, quae vi metusve cauſ. geſt. ſunt.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. I. §. 208.

67) Diſſ. de ratihabitione §. 14.

68) Commentar. in Tit. Pand. de div. reg. iuris ad L. 29. D. h. T. pag. 169. ſq.

69) Interpretation. iur. Lib. IV. cap. 22.

70) *L.* 16. §. 1. *Cod. de teſtam.* *L.* 23. *C. de fideicomm.* *L. ult. Cod. ad L. Falcid.* Irrig leitet ſie VOET in Comm. ad Pand. h. t.

bleibt, daß ein gleich anfangs ungültig errichtetes Testament in der Folge nie, auch nicht durch Billigung der Intestat-Erben, gültig werden könne [71]).

4) Das Geschäft ist wegen eines gesetzlichen Verbots durchaus ungültig. Ein solches unerlaubtes und verbotenes Geschäft kann durch keine wiederholte Zusage oder Genehmigung gültig werden, noch Jemandem ein Recht geben, auf die Erfüllung desselben zu klagen. Daher ist z. B. in Ansehung verbotener Spielschulden, unerlaubten Zinswuchers, des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen, und ähnlicher verbotener Geschäfte jede freywillige, wenn gleich noch so oft wiederholte Anerkennung ganz ohne Wirkung, weil das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es einem gesetzlichen Verbote zuwider ist [72]). Ganz anders verhält sich hingegen die Sache, wenn

II. von solchen Geschäften die Rede ist, die zwar nicht ganz unverbindlich, aber doch im Wege Rechtens nicht vollkommen wirksam sind. Solche Geschäfte können durch ein Constitutum allerdings vollgültig und klagbar werden. Man setze z. B. das Klagrecht das Gläubigers wäre durch Ver-

h. t. §. 5. aus einem constituto her. Man sehe *Barth.* CHESII Different. iuris. Cap. 46. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 762. sqq).

71) S. AVERANII Interpretat. iur. Lib. I. cap. 10. GRUPEN Disceptat. for. cap. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1339. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts II. B. §. 808. not. a.

72) S. Weber a. a. O. §. 127. S. 561. f.

Verjährung erloschen; da hier dennoch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners fortdauernd bleibt [73]), und diese schon zum Constitutum genügt [74]), so wird, wenn der Schuldner gleichwohl nach vollendeter Verjährung die Bezahlung verspricht, durch diese neue Anerkennung der Schuld das erloschene Klagerecht des Gläubigers ohne allen Zweifel wiederhergestellet [75]). Insofern jedoch der Grund der beschränkten Gültigkeit des Geschäfts in einem persönlichen Verhältniß des Schuldners liegt, muß freylich die wiederholte Zusage in der Folge zu einer solchen Zeit geschehen, wo dieses Verhältniß des Schuldners, und die damit verknüpften Hindernisse der gerichtlichen Vollgültigkeit des Geschäfts bereits aufgehört hatten. Wenn daher Jemand während der väterlichen Gewalt ohne Wissen seines Vaters Geld aufborgt, so kann ein solches Darlehn nur erst nach Aufhebung derselben durch ein Constitutum die völlige Wirkung der Klagbarkeit erhalten [76]).

Uebrigens ist zur Gültigkeit des Constitutums schon genug, wenn nur zu der Zeit, da das Zahlungsversprechen geschahe, wirklich eine Schuld vorhanden war. Gesetzt also die Klage, welche dem Gläubiger seiner Forderung wegen damalen zustand, wäre nachher durch Verjährung erloschen, weil sie eine bloße temporelle Klage war, man denke sich z. B. die actio redhibitoria oder actio iniuriarum; so bleibt dennoch das Constitutum gültig, weil die daraus

73) *L. 19. pr. D. de condict. indeb.*

74) *L. 1. §. 7. D. h. t.*

75) FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 15.

76) *L. 2. C. ad Sctum Macedon.*

daraus entſtehende Klage eine actio perpetua iſt [77]). Denn man ſieht auch hier auf den Anfang des Geſchäfts. Hierher gehört die Stelle Ulpians *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* wo er ſagt: Quod adjicitur: *eamque pecuniam, cum conſtituebatur, debitam fuiſſe*, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut ſi quid tunc debitum fuit, cum conſtitueretur, nunc non ſit, nihilominus teneat conſtitutum: quia retrorſum ſe actio refert. Proinde temporali actione obligatum conſtituendo, CELSUS et JULIANUS ſcribunt teneri debere: licet poſt conſtitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et ſi poſt tempus obligationis ſe ſoluturum conſtituerit, adhuc idem JULIANUS putat: quoniam eo tempore conſtituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. Nach eben dieſem Princip iſt auch der Fall zu entſcheiden, welchen Paulus *L.* 19. §. 2. *D. eod.* vorträgt, nämlich wenn der Vater dem Gläubiger ſeines Sohns die Bezahlung einer Schuld conſtituendo zuſichert, weshalb dem Letztern gegen den Vater die actio de peculio zuſtand. Geſetzt das Peculium, in Rückſicht deſſen der Vater eigentlich nur für die Schuld ſeines Sohnes haften dürfte, wäre auch nachher vermindert worden, oder gar zu Grunde gegangen, ſo bleibt dennoch die Verbindlichkeit des Vaters ex conſtituto fortdauernd, ſo wie ſie zur Zeit des geſchehenen Zahlungsverſprechens durch die damalige Beſchaffenheit des Peculiums begründet war. Paulus ſagt: Si pater vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum, quod fuit in

77) DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. pag. 930. und *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 18. §. 1. D. h. t.

in peculio, non minueretur peculium eo [78]), quod ex ea causa obstrictus esse coeperit: et licet interierit peculium, non tamen liberatur. Die actio constitutoria nimmt also hier nicht die Natur der actionis de peculio an.

Es hat auch endlich keinen Zweifel, daß sowohl eine bedingte, als eine noch nicht betagte Schuld, der Gegenstand des Constitutums seyn könne, wie ebenfalls Ulpian lehrt, wenn er *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* sagt: Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, *in diem* sit obligatus, an constituendo teneatur? Et LABEO ait, teneri constitutum: quam sententiam et PEDIUS probat: et adjicit LABEO, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta: quam sententiam non invitus probarem, habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum, teneatur. Bey einer bedingten Schuld scheint es zwar vor Justinian streitig gewesen zu seyn; der Zweifelsgrund lag darin, weil, so lange die Bedingung nicht existirt, weder eine obligatio noch actio vorhanden ist. Justinian gedenkt dieser Controvers in der oben angeführten *L.* 2. *C. h. t.* Allein der Zweifel läßt sich heben, wenn man erwägt, daß die Bedingung, wenn sie nachher existirt, auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen wird, nicht anders, als ob dasselbe von Anfang an unbe-

78) *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XV. cap. 5. will hier lesen: *non minuitur obligatio, licet minueretur peculium*; allein ohne Noth. Man sehe *Iust.* MEIERI Ευδοξῶν Iustinianeor. Decad. IV. cap. 9.

unbedingt geſchloſſen worden wäre [79]). Daher ſagt Paulus *L.* 19. *pr. D. h. t.* Id, quod *ſub conditione* debetur, ſive pure ſive certo die conſtituatur, eadem conditione ſuspenditur: ut exiſtente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. Und dies findet nun auch nach *L.* 2. *C. eodem* um ſo weniger einiges Bedenken, je bekannter es iſt, daß ja auch ſchon, während die Bedingung ſchwebt, wenigſtens eine ſpes debitum iri vorhanden iſt, welche der Berechtigte auf ſeine Erben überträgt [80]).

3) Das Conſtitutum erfordert zwar zu ſeiner Form und Gültigkeit nichts, als die Einwilligung der Intereſſenten [81]). Es kann daher, wie jeder andere Vertrag, ſowohl unter Gegenwärtigen, als unter Abweſenden, es ſey durch Briefe, oder Boten, geſchloſſen werden [82]). Es muß aber doch nach der Vorſchrift des römiſchen Rechts deutlich beſtimmt ſeyn, daß der Gläubiger ſeine Bezahlung von dem Conſtituenten erhalten ſolle [83]), gleichviel, ob die Summe der Schuldforderung dabey ausgedrückt wird, oder nicht [84]). Iſt daher nur impersonaliter geſagt, der Gläubiger ſolle befriediget werden, ohne

79) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 315.

80) §. 4. *I. de Verb. obligat.* S. *Ant.* FABRI Rational. in L. 19. pr. D. h. t.

81) *L. 1. pr. D. h. t. Franc.* DUARENI Comment. ad h. Tit. cap. 3. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 314.

82) *L. 14. §. ult. L. 15. D. h. t.*

83) *Fr.* DUARENUS c. l. cap. 4.

84) *L. 14. pr. D. h. t.*

zu bestimmen, von wem; oder ist das Constitutum so eingegangen, daß ein Dritter für den Constituenten Zahlung leisten solle, ohne daß jedoch dieser Dritte selbst seine Einwilligung erklärt hat; so gilt das constitutum nicht [85]), wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 5. §. 4. D. h. t. Sed si quis constituerit, *alium soluturum*, non se pro alio, non tenetur.

Nov. CXV. cap. ult. nach der Hombergkischen Uebersetzung: Praeter ea aliud quoque caput, quod ad *constitutam pecuniam*, seu promissiones spectat, hac Lege definiri nobis visum est. Sancimus igitur, si quis pro se, vel pro alia persona pecuniam constituerit, dicens forte alicui, *satis tibi faciam*, ut hic in quantitatem, quam dixit, omnibus modis obligetur, et constitutum suum impleat, atque debitum solvere cogatur. Si quis vero dicat, *satis tibi fiet:* hic (cum eiusmodi sermo sine mentione personae prolatus sit) tanquam nihil dixerit, ab omni exactione liber seruetur. Sin autem quis dicat, *satisfiet tibi a me, et ab hoc, et ab illo*, illis quidem, quos nominavit, nisi consentiant, nullum ex illo sermone praeiudi-

85) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11. in fin. PEREZ Praelect. ad Cod. h. t. nr. 4. MÜLLER ad STRUVIUM Exercit. XVIII. Th. 75. not. θ. nr. V. Ein Anderes wäre, wenn aus der vorhergehenden Frage des Gläubigers oder aus andern Umständen ganz deutlich erhellet, daß der Constituent keinen Andern, als sich selbst gemeint habe. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. STRYK Us. mod. Pand h. t. §. 5. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLVII. Th. 5. Daß hier auch auf das iuramentum purgatorium erkannt werden könne, behauptet LEYSER Specim. CLII. medit. 5.

iudicium orietur; ſed nec is, qui id dixit, pro illis perſonis, quas nominavit, exactionem aliquam ſuſtineat: pro ſe vero id, quod ex debito ſecundum leges probato debere apparuerit, pro rata parte ſolum ſolvat. Quodſi dicat, *ſatis tibi fiet a me, vel ab hoc, vel ab illo*, tunc perſonis quidem nominatis ſimili modo non conſentientibus nullum fiat praeiudicium, ille vero, qui hoc conſtituit, integrum debitum ſolvere cogatur: ſi quam autem contra perſonas nominatas putaverit ſibi exactionem competere, hanc contra eas ſecundum leges proponat, et legum auxilio fruatur.

Hat der Conſtituent zwar geſagt, daß Er Zahlung leiſten wolle, aber neben ſich noch eine andere Perſon genennt, von welcher der Gläubiger ebenfalls ſeine Bezahlung erhalten ſolle; ſo unterſcheidet das Geſetz, ob dieſes copulativ oder alternativ geſchehen iſt. Im erſten Fall, wenn z. B. der Conſtituent geſagt hat, Du wirſt von mir und dem Cajus deine Befriedigung erhalten, ſo iſt er nur zu ſeinem Antheil verbindlich; in dem letztern Fall aber, wenn z. B. der Conſtituent geſagt hat, Ich oder Cajus werden Dir die Schuld bezahlen, ſo haftet der Conſtituent allein für die ganze Schuld [86]). Es gehört auch noch hierher die

Auth. Si quando *Cod. h. t.* Si quando quis pro ſe, vel pro alia perſona pecuniam ſe ſolvere conſtituerit, vel ſpoponderit, ſic dicens: *Satisfaciam tibi,*

86) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iuſtinian. ſ. Expoſit. method. Novellar. P. III. Cap. 5. nr. 9. ſqq.

tenetur pro quantitate, quam promiſit. Sin autem ſic dixerit: *Satisfiet a me, et ab illo et illo*: illis quidem, quos nominavit, non conſentientibus, ſolus pro rata tantum portione perſolvet. Sin autem dixerit: *Satisfiet*, verbo imperſonaliter prolato, non tenebitur. Sin autem ſic dixerit: *Erit tibi ſatisfactum, aut a me aut ab illo*; illo, quem nominavit non conſentiente, ſolus in ſolidum tenebitur.

Das Römiſche Recht erfordert ferner, daß das Conſtitutum mit demjenigen ſelbſt eingegangen werde, dem die Zahlung geleiſtet werden ſoll. Ging alſo das Conſtitutum dahin, daß die Zahlung einem Dritten geleiſtet werden ſollte, ſo war es ungültig, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 5. §. 5. *D. h. t.* ſagt: Idem, ſi mihi conſtituas, te ſoluturum, teneberis. Quodſi mihi conſtitueris, *Sempronio te ſoluturum*, non teneberis. Auch wenn mit dem Procurator des Gläubigers das Conſtitutum geſchloſſen wurde, ſo galt daſſelbe nur dann, wenn man dem Anwalte ſelbſt, und nicht dem Principal, die Zahlung zu leiſten verſprochen hatte. Auf dieſe Art konnte auch mit dem Vormunde eines Pupillen, mit dem Verwalter einer Perſonengemeinheit, und dem Curator eines Blödſinnigen oder Minderjährigen conſtituirt werden. Hatte hingegen der Schuldner dem Stellvertreter ſeines Gläubigers zugeſichert, daß er nicht ihm, ſondern dem Gläubiger zahlen wolle, ſo galt ein ſolches Conſtitutum eigentlich nach dem ſtrengen Recht nicht, ſondern es war dem Gläubiger nur der Billigkeit wegen eine actio utilis geſtattet *). Alles dieſes beſtätigen folgende Geſetzſtellen.

L. 5.

*) S. Grolmans u. von Löhr Magazin für die Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung. 3. B. 1. Heft. S. 52. f.

L. 5. § 6. *D. h. t.* JULIANUS *libro* 11. *Digeſtorum* ſcribit, procuratori conſtitui poſſe: quod POMPONIUS ita interpretatur, ut ipſi procuratori conſtituas te ſoluturum, non domino.

L. 5. §. 7 *D. eod.* Item tutori pupilli conſtitui poteſt, et actori municipum, et curatori furioſi.

L. 5. § 9. *D. eod.* Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furioſi, vel adoleſcentis ita conſtituatur, *municipibus ſolvi*, vel *pupillo*, vel *furioſo*, vel *adoleſcenti*: utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo vel furioſo vel adoleſcenti *utilem actionem.*

Der Grund von dieſem Allen lag in dem Princip des ſtrengen Römiſchen Rechts, daß Niemand durch eine freye Perſon geradezu Rechte und Verbindlichkeiten erwerben könne [87]). Daher mußte immer die obligatio von der Perſon der Contrahenten ihren Anfang nehmen [88]). Hatte man alſo das Geſchäft mit einem Procurator geſchloſſen, ſo konnte nur dieſer actione directa, der Eigenthümer hingegen bloß actione ceſſa oder utili klagen [89]). Dieſe Subtilität fällt jedoch nach unſerm heutigen Recht weg [90]).

87) *L.* 73. §. 4. *D. de div. reg. iur.*

88) *L.* 11. *D. de obligat. et action.* S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 314. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controv. Decad. XLVII. Th. 8.

89) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 5. §. 6. D. h. t. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 7. und de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4 et 5.

90) S. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 89. a. S. 375. ff. der 4. Aufl.

Verspricht der Schuldner seinem Gläubiger durch ein Constitutum, daß er ihm oder einem Dritten zahlen wolle; so kann zwar Letzterer die Zahlung annehmen, allein nur erster kann aus dem Constitutum klagen. Hat jedoch der Schuldner dem Dritten die Zahlung geleistet, so ist er von seiner Verbindlichkeit frey. Zwar konnte er, wenn die erste Stipulation bloß mit dem Gläubiger allein, ohne Adjection eines Dritten, war errichtet worden, nach dem strengen Recht noch actione ex stipulatu belangt werden; allein weil doch die Zahlung dem Dritten, mit Einwilligung des Gläubigers, geschehen war, so war der Schuldner immer durch eine Exception gegen die ferneren Ansprüche des Gläubigers gedeckt. Eben dieses hatte auch in dem Falle Statt, wenn gleich bey der ersten Stipulation ein Dritter solutionis causa war beygefügt worden, ohne desselben beym Constitutum weiter zu erwähnen. War hingegen beym Constitutum ausdrücklich ausbedungen worden, daß keinem Andern, als dem Gläubiger allein, die Zahlung geschehen solle, so wird der Schuldner nicht frey, wenn er dennoch dem Adjectus zahlt, sondern der Gläubiger kann ihn mit Recht actione de constituta pecunia belangen, daß er ihm die Schuld bezahle, und der Schuldner muß sich mit der condictione indebiti an den halten, welchem er Zahlung geleistet hat [91]). Auf diese Art lassen sich folgende Stellen mit einander vereinigen.

L. 8.

91) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 8. 9. et L. 30. D. h. t. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLVII. Th. 10. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIII. Th. 11. *Greg.* MAJANSII Disput. de Adjecto solutionis gratia. §. 31. (in EIUSD. *Disputationib. iuris civ.* Tom. I. pag. 162. sq.) BOECKEL-

L. 8. *D. h. t.* Si vero *mihi*, *aut Titio* conſtitueris te ſoluturum, mihi competit actio. Quodſi, poſteaquam *ſoli mihi* te ſoluturum conſtituiſti, ſolveris *Titio*, nihilominus mihi teneberis [92]).

L. 9. *D. eodem.* Titius tamen indebiti condictione tenebitur: ut quod ei perperam ſolutum eſt, ei, qui ſolvit, reddatur.

L. 30. *D. h. t.* Si quis duobus pecuniam conſtituerit, *tibi aut Titio*, etſi ſtricto iure propriae actioni [93]) pecuniae conſtitutae manet obligatus, etiamſi Titio ſolverit, tamen per exceptionem adjuvatur.

L. 59. *D. de ſolut.* Si ita ſtipulatus ſim, *mihi aut Titio dare ſpondes?* et debitor conſtituerit, *ſe mihi ſoluturum*: quamvis mihi competat de conſtituta actio, poteſt adhuc adjecto ſolvere.

CKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 8. und *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et 7.

92) Es iſt hier von dem Falle die Rede, wenn ſtipulirt worden: *mihi aut Titio dare ſpondes?*

93) Daß hier nicht von der actione conſtitutae pecuniae, ſondern von der actione ex ſtipulatu die Rede ſey, leuchtet in die Augen. CUJACIUS Obſervation. Lib. XIII. cap. 20. will daher ſtatt propriae actioni vielmehr *priori actioni* leſen. Allein ohne alle Auctorität, und daher mit Recht verworffen von *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris Cap. 44. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. V. cap. 3. und *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 8. Die actio ex ſtipulatu heißt hier *propria actio* in Rückſicht der urſprünglichen Verbindlichkeit, die durch das Conſtitutum beſtärkt worden iſt.

Uebrigens ist bey Constituirung einer Schuldverbindlichkeit die Bestimmung eines gewissen Zahlungstermins nicht nöthig. Ehemals stritte man zwar darüber, ob ein Constitutum sine die gelte. Denn die Bestimmung einer Zahlungsfrist schien dem Constitutum so eigen zu seyn, daß man das tempus constitutum dem tempori praesenti entgegensetzte [94]). Justinian gedenkt dieser Controvers *L.* 2. *C. h. t.* worin er sie entschieden hat. Es ist aber doch merkwürdig, daß wenn auch das Constitutum pure ist eingegangen worden, dem Schuldner dennoch eine Zahlungsfrist von wenigstens zehen Tagen gestattet werden muß. Eine Hauptstelle hierüber ist die *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Si *sine die* constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba Edicti late pateant; alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas: sed modicum tempus statuendum est, *non minus decem dierum*, ut exactio celebretur.

4) Der Nutzen und die Wirkung eines constituti proprii besteht nach dem Römischen Recht darin, daß dadurch

a) nicht nur eine Verbindlichkeit, die an sich nicht vollkommen wirksam war, klagbar gemacht, sondern auch

b) die schon vorhandene Verbindlichkeit auf mancherley Art abgeändert werden kann, und zwar

α) in Ansehung des Gegenstandes. Es kann nämlich statt der schuldigen Sache eine andere von gleichem Werthe ver-

94) QUINCTILIAN *Declamat.* 280. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 315.

versprochen werden, z. B. statt der schuldigen Summe Geldes, Getraide. Ulpian sagt *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est? Sed cum iam placet, rem pro re solvi posse, nihil prohibet, et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens, frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum. Ein Zweifelsgrund war zwar, daß der Prätor in seinem Edict gesagt hatte: *Qui pecuniam debitam constituit* [95]); allein da das Constitutum kein bloß wiederholtes Versprechen, sondern ein Zahlungsversprechen ist, und dem Gläubiger mit seiner Bewilligung auch etwas Anderes statt des schuldigen Objects geleistet werden kann, so ließ man eine solche Uebereinkunft auch beym Constitutum gelten [96]). Ist nun aber statt der schuldigen Sache etwas Anderes constituirt worden, so hängt es nicht vom Schuldner ab, ob er dieses oder jenes leisten wolle, sondern der Gläubiger kann darauf klagen, daß dem Constitutum ein Genüge geschehe. So entscheidet wenigstens Papinian *L.* 25. *pr. D. h. t.* wo er sagt: Illud aut illud debuit, et constituit alterum, an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere. Die schuldige Summe hingegen kann durch das Constitutum zwar vermindert, aber nicht vergrössert werden. Si quis centum aureos debens, *ducentos* constituat, sagt Ulpian *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* in centum tantummodo tenetur: quia

ea

95) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

96) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 313. und Ge. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 22.

ea pecunia debita est. Sed si quis viginti debens, *decem* constituit se soluturum, fügt Paulus *L.* 13. *D. eod.* hinzu, tenebitur. Durch das constitutum kann ferner

β) die vorhandene Verbindlichkeit auch in Ansehung ihrer zufälligen Bestimmungen geändert werden. Es kann nämlich dadurch der Zahlungsort abgeändert [97]), ferner der Zahlungstermin verkürzt oder verlängert werden [98]); ja es kann eine Schuld, die noch lange nicht betagt war, dergestalt constituirt werden, daß sie jetzt gleich bezahlet werden soll [99]). Denn darin besteht ein besonderer Nutzen des Constitutums, daß dadurch noch unbetagte Forderungen in schon jetzt exigibele verwandelt werden können [100]); und kommt der Constituent dem Zahlungsversprechen nicht nach, so kann der Gläubiger auch auf das Interesse klagen [1]). Noch ist zu bemerken, daß die Verbindlichkeit des Schuldners bey dem constitutum auch durch Bürgen oder Pfand verstärkt werden kann [2]). Allein eine bedingte Schuld kann dadurch nicht in eine unbedingte verwandelt werden, sondern das Constitutum einer bedingten Schuldverbindlichkeit ist immer unter der nämlichen Bedingung zu

97) *L. 5. pr. D. h. t.*

98) *L. 4. D. eodem. Barth.* CHESIUS Differentiar. iur. cap. 44. nr. 11. sqq.

99) *L. 3. §. 2. in fin. h. t.*

100) *L. 3. §. 2. cit.*

1) *Barth.* CHESIUS Differentiar. iur. Cap. 44. nr. 8. et 18. und *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Dig. h. t. §. 35.

2) *L. 14. §. 1. et 2. D. h. t.*

zu verstehen, unter welcher die Schuld contrahirt wurde, und verliert seine Wirkung, wenn die Bedingung nicht existirt. Zwar kann in dem umgekehrten Falle eine unbedingte Schuld durch das Constitutum in eine bedingte umgeschaffen werden, allein nach der Subtilität des Römischen Rechts findet doch auch hier nur eine actio utilis Statt [3]). Beydes bestätiget Paulus, wenn er *L.* 19. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* sagt: Id, quod sub conditione debetur, sive pure, sive certo die constituatur, *eadem conditione suspenditur*: ut existente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, inquit POMPONIUS, in hunc *utilem actionem* esse. Endlich kann auch

γ) die Verbindlichkeit durch das Constitutum in Absicht auf die Person des Gläubigers geändert werden. Was ich z. B. dem A schuldig bin, kann ich mit dessen Einwilligung dem B, constituiren. Ulpian sagt *L.* 5. §. 2. *D. b. t.* Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est: non utique ut is, cui constituitur, creditor sit: nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis: et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur. Dahingegen wird

c) die

3) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 19. §. 1. D. h. t. sucht den Grund hiervon darin, weil die Constitute eigentlich dazu eingeführt sind, um Forderungen, die noch nicht exigibel sind, hierdurch klagbar zu machen, wie *L.* 3. §. 2. *D. b. t.* sagt; es schien also dem Zweck des Instituts nicht gemäß zu seyn, wenn dadurch eine unbedingte Schuld in eine bedingte verwandelt wurde. Man sehe auch CHESIUS c. l. nr. 19. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 315.

c) die vorige Verbindlichkeit durch das Constitutum nicht aufgehoben. Denn das Constitutum als solches enthält nie eine eigentliche, oder privative Novation [4]). Dieses hat dann die wichtige Folge, daß wenn auch nachher, weil z. B. der Gläubiger in mora accipiendi war, die actio constitutoria wegfallen sollte, doch noch immer die alte Klage Statt findet, welche dem Gläubiger vor dem Constitutum der Schuld wegen zustand [5]). Nach dem neuern Römischen Recht hat dieses auch um so weniger einigen Zweifel, da zu einer Novation die deutliche Erklärung der Interessenten erfordert wird, daß die vorige Verbindlichkeit aufgehoben seyn solle [6]). Eine solche Aufhebung würde aber offenbar dem Zweck des Constitutums widerstreiten, als welcher vielmehr dahin gehet, die vorige Verbindlichkeit zu bestätigen. Mit Recht setzt daher **Papinian** *L.* 3. §. 2. *D. de administr. rer. ad civitat. pertinent.* die Novation dem Constitutum entgegen [7]). Noch eine andere wichtige Folge darf hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden, welche darin besteht, daß wenn dem Schuldner in Ansehung der erstern Verbindlichkeit besondere Rechte, oder Privilegien zustanden, solche durch das

4) *L.* 18. §. 3. *L.* 28. *D. h. t. L.* 15. *D. de in rem verso.* *Barth.* CHESIUS Differentiar. iuris cap. 44. nr. 1. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVII. Th. 10.

5) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 316. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. und *Ant.* SCHULTING c. l. Thes. 9. in fine.

6) *L. ult. Cod. de Novationib.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6.

7) CUJACIUS Observation. Lib. XX. cap. 39.

das Constitutum nicht verloren gehen [8]). Wenn daher z. B. der Ehemann das Heyrathsgut seiner Frau constituirt, so bleibt ihm dennoch die Wohlthat der Competenz unbenommen, wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 3 *pr. D. h. t.* sagt: Quod si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat: quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri, *in quantum facere potest*, condemnatur. Auch bey entstandener Münzveränderung sieht man noch auf die Zeit, da die erste Verbindlichkeit contrahirt wurde [9]). Nam actio de constituta pecunia retrorsum se refert, sagt Ulpian *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* Da also durch das Constitutum die vorige Verbindlichkeit in ihrem Wesen nicht geändert wird; so hat der Gläubiger auch die Wahl, ob er die vorige Schuldklage anstellen, oder ex constituto klagen wolle [10]). Es kann jedoch

d) durch ein Constitutum keine neue Verbindlichkeit begründet werden, welche vorher nicht vorhanden war. Wenn also z. B. Jemand, statt hundert Gulden, welche er nur schuldig ist, zweyhundert verspricht, oder, ausser dem Capital, auch Zinsen constituirt, welche er gar nicht schuldig war, oder er verspricht dem Gläubiger, ausser der schuldigen Summe, noch eine andere Sache darüber zu geben,

8) BRUNNEMANN Comment. ad L. 3. pr. D. h. t. nr. 1. et 2. und MÜLLER ad *Struvii* Syntag. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 81. not. β.

9) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 81.

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XVIII. Th. 80. CHESIUS Differentiar. iur. cap. 44. nr. 17.

geben, so gilt das Constitutum nur bis auf die schuldige Summe. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* Si quis centum aureos debens, *ducentos* constituat, *in centum tantummodo tenetur*: quia ea pecunia debita est. Ergo et is, qui sortem, et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem duntaxat; und Paulus fügt noch *L.* 12. *D. eod.* hinzu: Sed et si decem debeantur, et *decem et Stichum* constituat, potest dici, *decem tantummodo nomine teneri.* Man hat hierbey die Frage aufgeworffen, ob nicht in dem Falle, da der Constituent wissentlich mehr versprochen hat, als er schuldig ist, das Geschäft nach dem neuern Röm. Recht als eine Schenkung zu Recht bestehe? Die Rechtsgelehrten sind hierüber nicht einerley Meinung. Viele [11]) läugnen dieses aus dem Grunde, weil eine Schenkung nicht vermuthet werde, besonders wenn die Partheyen ein ganz anderes Geschäft einzugehen willens waren. Wäre ihre Absicht gewesen, eine Schenkung zu errichten, so hätten sie können, und auch müssen ihre Meinung deutlicher erklären [12]). Die Gesetze [13]) sagten freylich, wer wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, habe die Absicht zu schenken. Allein es sey ein Unterschied zwischen Zahlen und Versprechen. Dort sey die Frage, ob eine Zurückforderung des Bezahlten Statt finde, und nur dieses werde geläugnet. Allein daraus folge nicht, daß

11) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 19. nr. 7. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 10. u. a. m.

12) *L. 39. D. de pact. L. 31. in fin. D. de obligat. et act.*

13) *L. 9. pr. Cod. de condict. indeb. L. 53. D. de div. reg. iur.*

daß auch auf das Versprechen einer Nichtschuld geklagt werden könne. Andere [14]) läugnen zwar, daß nach dem Römischen Recht ein solches Constitutum, welches die vorige Schuldverbindlichkeit übersteigt, gültig sey; allein sie behaupten, daß heutiges Tages ohne Zweifel durch ein solches Versprechen eine obligatio ex pacto begründet werde. Allein da nach bekannten Verordnungen des Kaisers Justinian eine jede Schenkung, welche die gesetzliche Summe nicht übersteigt, dergestalt im Wege Rechtens besteht, daß der bloße Vertrag, ohne Stipulation, eine gültige Klage hervorbringt [15]); so läßt sich mit Grund behaupten, daß derjenige, welcher wissentlich eine Zahlung, die ihm nicht oblag, versprochen hat, aus einem solchen Versprechen schon nach dem neuern Römischen Recht verbindlich werde, weil er offenbar die Absicht, das Nichtschuldige schenken zu wollen, hierdurch zu erkennen gegeben hat. Diese Meinung hat auch den Beyfall mehrerer berühmter Rechtsgelehrten für sich [16]). Aus demselben Grunde läßt sich denn auch ohne Bedenken behaupten, daß derjenige, welcher nur unter einer Bedingung zu Etwas verbindlich war, wenn er nachher pure constituirt, aus diesem Versprechen belangt werden

14) BRUNNEMANN Comm. ad L. 11. §. 1. D. h. t. nr. 4.—6. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VII. §. 21.

15) *L. 35. §. ult. Cod. de donationib.*

16) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 11. §. 1. D. h. t. *Reinh.* BACHOV Not. et Animadverf. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIII. Th. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und Weber in der syst. Entwickelung d. Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 126.

werden könne, wenn auch die Bedingung nicht existirt [17]). Endlich ist noch

e) zu bemerken, daß die Verbindlichkeit des constituti erlischt, wenn die erste Verbindlichkeit durch Zahlung, oder was derselben gleich gilt, getilgt wird [18]). Dahingegen bleibt die Gültigkeit des constituti fortdauernd, wenn die vorige Verbindlichkeit bloß durch Ablauf der Zeit ihre gerichtliche Wirkung verloren hat [19]).

§. 851.

Vom constituto debiti alieni.

Soviel hiernächst II. das constitutum debiti alieni anbetrifft, so ist dasselbe eine Art der Intercession. Es wird dadurch eine fremde Verbindlichkeit übernommen, jedoch so, daß der Schuldner, für den man constituirt, verhaftet bleibt. Gajus sagt ausdrücklich *L.* 28. *D. h. t.* Ubi quis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet. Es ist daher eben so, wie die Bürgschaft, eine intercessio cumulativa. Es ist aber doch auf mehr als eine Art von derselben wesentlich unterschieden [20]).

1) In

17) BRUNNEMANN Comm. ad L. 19. D. h. t. nr. 3. et 4.

18) *L. 43. D. de Solut.*

19) *L. 18. §. 1. D. h. t.* BACHOV ad *Treutler.* c. l. Th. 13. lit. D. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 938. a. E.

20) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Christ.* KOCH Diss de constituto debiti alieni, eiusque a fideiussione discrimine. *Kilonii*

1) In Ansehung der Form. Denn die Bürgschaft wurde bey den Römern mittelst der Stipulation, das constitutum alienum aber nach Art eines bloßen Vertrages eingegangen.

2) In Ansehung des Zwecks. Der einzige und wesentliche Zweck der Fidejussion, ist Sicherheit des Gläubigers. Das constitutum alienum aber ist hierauf nicht eingeschränkt, sondern kann auch dem Gläubiger noch zu andern Zwecken dienen; z. B. wenn ihm daran gelegen ist, sich in Ansehung des Zahlungsortes, oder in Ansehung des Objects der Verbindlichkeit einige Vortheile zu verschaffen. Diese Absicht kann der Gläubiger nur durch das Constitutum erreichen, nicht durch die Fidejussion. Denn eine Bürgschaft ist ungültig, wenn sich der Bürge zu einer andern Sache verpflichtet, als der Hauptschuldner schuldig ist. Javolenus sagt *L.* 42. *D. de fideiussor.* Si ita fideiussorem accepero: *Quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?* non obligatur fideiussor: quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest [21]). Allein daß etwas Anders constituirt werden könne, als worin die Hauptschuld besteht, wenn dieses dem Gläubiger zum Vortheil

lonii 1777. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 124. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 846.

21) Die Gesetze geben überhaupt die Regel: *Non valet fideiussio, si fideiussor in aliam obligationem accipiatur*, id est, ut ipse aliquid debeat, quod reus principalis non debet. *L. 8. §. 8. L. 70. §. 2. D. de fideiussor.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iur. Lib. II. cap. 4.

gereicht, setzt die bereits oben angeführte Stelle Ulpians *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* ausser Zweifel. Eben dieser Ulpian lehrt *L.* 5. *pr. et L.* 16. §. 1. *D. h. t.* daß sich der Gläubiger auch in Ansehung des Zahlungsortes beym Constitutum einige Bequemlichkeit zu verschaffen im Stande sey. Bey der Fidejussion hatte dieses nicht Statt, vielmehr sagt Julian *L.* 16. §. 1. *et* 2. *D. de fideiuss.* Quare si reum pure interrogavero, et fideiussorem *cum adiectione loci* accepero, non obligabitur fideiussor. Sed et si reus Romae constitutus, *Capuae dari* promiserit, fideiussor *Ephesi*: perinde non obligabitur fideiussor, ac si reus sub conditione promisisset, fideiussor autem in diem certam vel pure promisisset [22]). Daß hingegen die Fidejussion wesentlich nur die Sicherheit des Gläubigers zur Absicht habe, geben die Gesetze deutlich zu erkennen. So sagt Justinian *pr. I. de Fideiussor.* Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui *fideiussores* appellantur: quos homines accipere solent, *dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.* Noch deutlicher erklärt sich darüber Gajus *L.* 1. §. 8. *D. de obligat. et actionib.* wenn er sagt: Qui alieno nomine obligatur, *fideiussor* vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem obligatione* teneantur, *dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus,* TUTIUS *nobis debeatur.*

3) In Ansehung der Wirkung. Eine Bürgschaft ist ungültig, wenn dieselbe auf eine solche Art ist eingegangen worden, daß dadurch der Bürge zu härtern Bedin-

22) S. *Ios.* AVERANIUS c. l. nr. 18.

dingungen verpflichtet wird, als wozu ſich der Hauptſchuldner verbindlich gemacht hat. Ulpian ſtellt dieſes als eine allgemeine Regel bey allen Fidejuſſoren auf, wenn er *L.* 8. §. 7. *D. de fideiuſſor.* ſagt: Illud commune eſt in *univerſis*, qui pro aliis obligantur, *quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti*, placuit *eos omnino non obligari:* in leviorem plane cauſam accipi poſſunt. Es laſſen ſich, wie Joſeph Averani [23]) zur Erläuterung dieſer von vielen mißverſtandenen Stelle bemerkt, eigentlich vier Fälle gedenken, wo man ſagen kann, der fideiuſſor ſey in duriorem cauſam adhibitus. a) In Anſehung des Orts, wenn entweder bey einer unbeſtimmten Zahlungsverbindlichkeit des Hauptſchuldners dem Bürgen allein ein beſtimmter Zahlungsort angewieſen worden, oder derſelbe die Zahlung an einem andern Orte leiſten ſoll, wo ſie beſchwerlicher zu leiſten iſt, als da, wo ſie der Hauptſchuldner zu leiſten verſprochen hat [24]). b) In Anſehung der Zeit, wenn der Bürge eher, als der Hauptſchuldner, belangt werden kann. Z. B. der Schuldner iſt erſt nach Ablauf einer beſtimmten Zeit, oder unter einer Bedingung zu zahlen verbunden; allein der Bürge ſoll ohne dieſe Zeitbeſtimmung, ohne dieſe Bedingung für die Schuld haften [25]). c) In Anſehung der Art der Verbindlichkeit, (cauſa), wenn bey einer alternativen Verbindlichkeit des Hauptſchuldners dem Bürgen die Wahl nicht zuſtehen ſoll, welche in einem ſolchen Falle der Schuldner

23) Interpretat. iur. Lib. II. cap. 3. nr. 4.

24) *L. 16. §. 1. et 2. D. de fideiuſſor.*

25) *L. 8. §. 7. in fin. L. 16. §. 5. L. 70. pr. et §. 1. D. eodem.*

hat; oder dem Bürgen durch die Art der übernommenen Fidejussion die Hoffnung, von seiner Verbindlichkeit befreyet zu werden, benommen ist, deren sich der Hauptschuldner zu erfreuen hatte. Z. B. der Schuldner hatte versprochen, entweder Geld oder eine andere Sache zu geben; der Bürge aber soll prăcis das leisten, worauf der Gläubiger klagen wird; oder der Schuldner hat versprochen, eine individuelle Sache zu geben; der Bürge hingegen soll entweder diese Sache oder statt derselben eine bestimmte Summe Geld geben [26]). d) In Absicht auf den Gegenstand der Verbindlichkeit, wenn der Bürge entweder eine andere Sache, oder eine größere Summe bezahlen soll, als der Hauptschuldner schuldig ist [27]). In allen diesen Fällen ist die ganze Bürgschaft nichtig. Die Worte des angeführten Gesetzes: *placuit, eos omnino non obligari*, lassen hierüber keinen Zweifel übrig [28]).

Das

26) *L. 8. §. 8. et 9. D. eodem. L. 34. D. eod.*

27) *§. 5. I. et L. 8. §. 7. D. de fideiussor. L. 42. D. eodem.*

28) Viele wollen zwar mit ALCIATUS Lib. V. Parergor. c. 17. *Guil.* FORNERIUS Lib. III. Selection. cap. II. und Haloander non omnino lesen, und dieses durch *non in solidum, non in totum* erklären, so daß der Sinn der Worte dahin gehe, der Bürge, der sich zu härtern Bedingungen verpflichtet hat, werde nur in dem Umfange nicht verbindlich, in welchem er sich verpflichtet hat, so weit aber hafte er immer, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners reicht. Sie unterstützen diese Emendation durch die Auctorität der Basiliken, welche οὐδὲ ὅλως haben. S. *Dionys.* GOTHOFREDUS in not. ad L. 8. §. 7. D. de fideiuss. und *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 5. I. de fideiuss. Allein das Wort *omnino* heißt bey den Classikern nie in solidum, sondern immer soviel als *plane, pror-*

Das constitutum alienum hingegen ist in keinem der angegebenen Fälle einer causae durioris ganz ungültig, sondern bleibt auch sogar dann, wenn der Constituent früher, als der Hauptschuldner, oder eine bedingte Schuld unbedingt, oder auch eine größere Summe zu bezahlen sich ver-

prorsus, *utique*; und *omnino non* soviel als *nullo modo*, *neutiquam*, *nequaquam*, wie *Ios.* AVERANIUS c. l. nr. 2. und *Henr. von dem* BUSCH in Diss. de fideiussore in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito, praes. *Franc. Car.* CONRADI def. *Helmstadii 1734.* § 12. aus vielen Stellen erwiesen haben. Auch der griechische Ausdruck οὐδὲ ὅλως bedeutet nichts anders, als der lateinische omnino non, und CUJACIUS in Recitat. ad Lib. II. Responsor. Papiniani in L. 9. D. de Usur. übersetzt ihn ganz richtig durch *nullo modo*. *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. P. II. Disp. XXVII. §. 10. hat dieses vollends durch eine wichtige Stelle aus EUSTATHII Vocabul. graec. in Homeri Iliad ausser allen Zweifel gesetzt. Man sehe auch CONRADI Progr. ad cit. Dissert. *von dem* BUSCH. Die sonst bekannte Regel *utile per inutile non vitiatur* ist hier nicht anwendbar. Denn es gehört zur Form und Natur des Geschäfts, daß der Bürge nicht zu härtern Bedingungen, als der Hauptschuldner, verpflichtet werde, da er bloß zur Sicherheit des Gläubigers beytritt. §. 5. *I. de fideiussor. L. 49. in fin. D. eodem.* Viele sind indessen anderer Meinung. S. *Em.* MERILLIUS Comment. ad §. 5. I. de fideiussor. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLVI. Tit. 1. §. 4. *Franc.* BROEUS Exposit. in Instit. Iustin. Lib. III. Tit. 21. pag. 631. Allein mit mir stimmen ausser den angeführten Cujaz, Wissenbach, Averani, und Conradi, auch noch *Franc.* HOTOMAN in Comm. ad §. 4. de fideiussor. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 5. I. eod. THIBAUT in Syst. des P. R. 2. B. §. 951. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 840. überein.

pflichtet hat, immer wenigstens in so weit gültig, als sie mit der Verbindlichkeit des Schuldners im Gleichgewicht steht [29]), wie aus den bereits angeführten Stellen, nämlich *L.* 1. §. 5. *L.* 5. *pr.* *L.* 11. §. 1. *L.* 12. *L.* 13. *L.* 16. §. 1. *L.* 19. *pr.* *D. h. t.* deutlich erhellet, welche, wie Voet [30]) mit Recht bemerkt, nicht bloß vom constituto proprio, sondern auch alieno zu verstehen sind. Die ganz allgemein lautenden Worte der *L.* 8. §. 7. *D. de fideiuss.* Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: etc. haben zwar einige Rechtsgelehrten [31]) veranlaßt, den hier angegebenen Unterschied zu bestreiten, und zu behaupten, daß die Verpflichtung eines Constituenten zu einer durior conditio, eben so gut, wie die eines Bürgen, ganz unverbindlich sey. Sie wollen daher jene Stellen bloß auf das constitutum proprium einschränken. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß in der *L.* 8. bloß von Fidejussoren die Rede ist, auch die im §. 7. enthaltene Regel bloß mit Beyspielen von Bürgen erläutert wird. Es ist überdem bekannt, daß unter denjenigen, *qui pro aliis* s. *alieno nomine obligantur*, immer nur Bürgen im eigentlichen Sinn verstanden werden [32]). Ausser diesem Unterschiede

29) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. FABER Rational. in Pand. ad L. 4. D. h. t. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XVIII. Th. 81. not. d. und *von dem* BUSCH cit. Diss. §. 17.

30) Comm. ad Dig. Tit. de fideiussor. §. 4.

31) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. II. Disput. XXVII. Th. 10. pag. 309. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVII. Th. 6.

32) *Pr. I. de fideiuss. L. 1. §. 8. D. de oblig. et act.* Man s. auch *Ios.* AVERANII Interpret. iur. Lib. II. cap. 3. und *von dem* BUSCH Diss. cit. §. 17.

ſchiede ſoll ſich das conſtitutum alienum nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten [33]), von der Fidejuſſion der Wirkung nach auch noch darin unterſcheiden, daß der Conſtituent als ſolcher belangt werden könne, ohne die Klage des Gläubigers einſtweilen dadurch von ſich abwenden zu können, daß der Hauptſchuldner noch nicht ausgeklagt ſey. Denn das Conſtitutum, ſagt man, ſey keine ſubſidiariſche Interceſſionsart, daher ſtehe auch das beneficium excuſſionis dem Conſtituenten nicht ſo, wie dem Bürgen, zu. Allein ich trage Bedenken, dieſer Meinung beyzupflichten, da ſie die deutliche Vorſchrift der Novelle 4. Kap. 1. gegen ſich hat. Man laſſe ſich nur nicht durch die verſio vulgata irreführen, in welcher die griechiſchen Ausdrücke ὁ ἀντιφωνητὴς, ὁ ἀντιφωνήσας, und ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν ganz falſch durch *ſponſor*, et *qui ſponſioni ſe ſubiecerit* überſetzt ſind, wie auch ſchon Anton Schulting [34]) mit Recht bemerkt hat, indem ſie vielmehr ſoviel als *conſtituens*, oder *conſtitutae pecuniae reus* heißen. So haben jene Ausdrücke Julian [35]), Gregorius Haloander [36]), Heinrich Agyläus [37]), und Johann Friedrich Hom-

33) KOCH cit. Diſſ. de conſtituto debiti alieni §. 16. und THIBAUT Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 940. a. E. und Not. z.

34) Theſ. controverſ. Dec. XLVII. Th. 7. Man ſehe auch POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. l. pag. 388.

35) Epitome Novellar.

36) Graec. Novell. edit. pag. 15.

37) Ad ea, quae in Novellis Iuſtin. conſtitutionib. ius. civ. attingunt, liber ſingul. *Coloniae 1558.* Conſtit. IV. (in *Car. Frid.* ZEPERNICK *Delectu Scriptor. Novellas Iuſtin. Imp. ear. hiſtor. illuſtrant. Halae 1783.* pag. 21.)

bergk zu Vach [38]) richtiger übersetzt. Daß die Benennungen ἀντιφωνητὴς, und ἀντιφωνήσας soviel als *constituens* s. *qui pro alio constituit*, oder *pecuniae constitutae reus* heißen, so wie ἀντιφώνησις *constitutum*, und ἀντιφωνεῖν *constituere* bedeuten, erhellet nicht nur aus andern Novellen des Kaisers Justinian, wo vom Constitutum gehandelt wird, z. B. Novelle 115. Kap. 6. und Nov. 136. Kap. 1. sondern auch aus der griechischen Paraphrase des Theophilus über die Institutionen [39]), ferner aus des Harmenopulus Προχειρον νομῶν [40]), und den Basiliken, in welchen nicht nur die Novelle 4. wörtlich enthalten ist [41]), sondern auch zwey besondere Titel *de pecunia constituta*, περὶ χρέως ἀντιφωνήσεως, handeln [42]). Aus diesen Quellen haben auch Dionysius Gothofredus [43]), und Wilh. Otto Reitz [44]) die wahre Bedeutung jener griechischen, von dem alten barbarischen Uebersetzer der Novellen gar nicht verstandenen Ausdrücke, richtig erklärt. Wie also bey so vielen ganz unverwerflichen Beweisen

38) Novell. Constitut. ex graeco in latin. convers. *Marb. 1717.* pag. 56.

39) Lib. IV. Tit. 6. §. 8. et 9.

40) Lib. I. Tit. 3. §. 47. et Lib. III. Tit. 6.

41) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 2. Const. 1.

42) Lib. XXVI. Tit. 3. et 7.

43) Nomenclator graecar. iuris dictionum, quae apud Harmenopul. et alios quosdam iuris authores occurrunt. vocc. ἀντιφωνεῖν. ἀντιφώνησις. ἀντιφωνητὴς. (adj. *Harmenopulo* pag. 417.)

44) Glossar. Theophilin. voc. αντιφωνεω. (Tom. II. *Paraphras. graec. Instit.* adj. pag. 1252.)

ſen dennoch dem Conſtituenten das beneficium excuſſionis hat abgeſprochen, oder von andern [45]), welche ihm dieſe Wohlthat geſtatten, hat behauptet werden können, das Geſetz gedenke zwar des Conſtituenten nicht, allein es ſtreite für ihn gleicher Grund der Billigkeit, iſt unbegreiflich. Man erwäge nur folgende Worte nach der richtigern Ueberſetzung Hombergks zu Bach: Si quis igitur mutuum dederit, et fideiuſſorem, (ἐγγυητὴν) aut mandatorem, (μανδάτωρα) aut *conſtitutae pecuniae reum* (ἀντιφωνητὴν) acceperit, ille non ſtatim ab initio mandatorem, fideiuſſorem, aut *conſtituentem* conveniat, (ἢ ἀντιφωνήσαντος χωρελτω) neque debitore neglecto interceſſoribus moleſtus ſit, ſed primo eum, qui pecuniam accepit, et debitum contraxit, conveniat: et ſiquidem ab illo acceperit, a reliquis abſtineat: quid enim illi cum extraneis rei eſt, cui debitor ſatisfecit? Si vero a debitore nec partem nec ſolidum conſequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiuſſore, vel *conſtituente* vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum conſequatur. Atque haec quidem, ſi utrique, tam principalis debitor, quam fideiuſſor, aut mandator, aut *conſtitutae pecuniae reus* (ἢ ἀντιφωνήσας) praeſentes ſint, omni modo ſerventur. Si vero fideiuſſor, aut mandator, aut *qui conſtitutum ſuſcepit*, (ἢ ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν) quidem adſit, prin-

45) HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XVIII. Th. 81. MÜLLER ad *Eundem* not. α. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diſſ. XXIV. Th. 8. und LAUTERBACH in Diſſ. de beneficio excuſſionis. *Tubingae 1653.* §. 23.

principalem autem debitorem abeſſe contingat, durum eſt, creditorem alio mittere, cum a fideiuſſore, aut mandatore, aut *conſtituente* exigere poſſit. Noch einen andern wichtigen Beweis für das den Conſtituenten ſogut, wie den Fidejuſſoren, zuſtehende beneficium ordinis giebt die Novelle 136. *in praefat.* in welcher ſich Juſtinian auf die Nov. 4. beruft, und einer beſondern Ausnahme gedenkt, welche er Kap. 3. §. 1. in Anſehung der Argentarien gemacht hatte. Die hierher gehörigen beſonders merkwürdigen Worte lauten nach der Bombergkiſchen Ueberſetzung folgendermaßen: Qui in corpore ſunt Argentariorum felicis huius urbis, potentiae noſtrae ſupplicantes, de multis capitibus nos rogarunt, petentes, ut eos iuvemus, cum et ipsi multis ſe utiles praebeant, quod *conſtituta* (ἀντιφωνήσεις) et mutua ſubeant omnis periculi plena. Nam cum *ſacra noſtra conſtitutio* exſtet, quae vult, ut exactiones ordine fiant, et primum quidem principales rei eorumque res, deinde vero fideiuſſores, et mandatores, et *conſtitutae pecuniae rei* (ἀντιφωνητάς) [46]) excutiantur: ab hac Lege collegium ipſorum eximi, omniumque graviſſima pati, *ſi ipſi quidem conſtitutionis auxilio uti nequeant*, ſed ſtatim exigantur: *ſi vero ab aliis conſtituta accipiant*, (εἰ δὲ ἀντιφωνήσεις παρ' ἑτέρων λαβοιεν) illi, qui pecuniam conſtituerunt, (τὰς ἀντιφωνήσαντας) vel horum mandatores aut fideiuſſores ipſis non ſatisfaciant: et conveniens eſſe, ut et ipſi communium legum participes ſint, neque

46) Hier überſetzt ſelbſt die verſio vulgata *conſtitutae pecuniae rei.*

neque ipſis conſtitutio noſtra adverſetur. Wie weit Juſtinian dem Geſuche der Argentarien Statt gegeben habe, lehrt Kap. 1. wo es heißt: Sancimus igitur, ſi quidam ex illis, qui menſae argentariae praeſunt, alicui mutuam pecuniam dent, vel *conſtitutum*, (ἀντιφώνησιν) [47]) vel fideiuſſores, vel mandatores accipiant, ipſisque conſtitutio et ordo per illam introductus opponatur: ut tum in illis conſtitutio obtineat, niſi ſpeciale pactum fecerint, licere creditori principalem debitorem et mandatorem et fideiuſſorem convenire, non exſpectato conſtitutionis ordine. Propter ſtudium enim, quod argentarii in communes contractus collocant, eiusmodi pacta admittimus, quae non videntur contra legem eſſe: quoniam unicuique ea, quae a legibus illi data ſunt, contemnere licet. Sed si eiusmodi pactum fiat, liceat illis primum etiam mandatorem, et primum fideiuſſorem aliasque perſonas convenire. Quare ſi pactum ſcriptum non eſt, etiam in illis conſtitutio omnino obtineat: ſin autem ſcriptum ſit pactum, legem det contractui, atque exinde exactiones fiant. Durch dieſe Novelle iſt alſo die ſchon oben bemerkte Ausnahme in Anſehung der Argentarien nochmals beſtätigt worden, als welchen das beneficium excuſſionis nicht zuſtehen ſoll, wenn ſie durch Fidejuſſion, oder ein mandatum qualificatum, oder durch ein conſtitutum die Verbindlichkeit eines Andern zu deſſen Vortheil übernommen haben [48]). Sie baten zwar den Kai-

47) Die verſio vulgata hat hier *vel conſtitutae pecuniae reos.*

48) S. RITTERSHUSII Ius Iuſtin. P. III. Cap. 2. n. 25. und RICHTERI Expoſit. omnium Authenticar. Cod. Iuſtin. ad Auth. *Praeſente* Cod. de fideiuſſor. n. 44. ſqq. pag. 366.

Kaiser, daß da sie aus ihren Intercessionen noch vor dem Hauptschuldner belangt werden könnten, ihnen ein gleiches Recht auch gegen diejenigen zugestanden werden möchte, welche für ihre Schuldner fidejubirt, oder constituirt hätten. Allein sie erhielten nur soviel, daß es ihnen erlaubt seyn solle, sich ein solches Recht durch Vertrag auszubedingen [49]). Noch eine andere Ausnahme macht Huber [50]), wo bey dem constituto alieno das beneficium excussionis wegfallen soll, nämlich wenn ein Termin festgesetzt worden, auf welchem der Constituent prächis Zahlung zu leisten versprochen hat, wenn binnen dieser Zeit der Hauptschuldner nicht zahlen würde. Ein solches Beyspiel hat Marcellus *L.* 24. *D. h. t.* Titius Sejo epistolam emisit in haec verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maiis probos. Quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.* Quaero an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus succesſerit? MARCELLUS respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an, si non successisset, de constituta teneatur? MARCELLUS respondit, in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio. War der Hauptschuldner bereits zur Bezahlung rechtskräftig verurtheilt, und der Constituent hat das Judicatum für den Schuldner zu bezahlen übernommen,

men,

49) S. *Herm.* HUBERT Diss. II. de argentariis veterum. Cap. II. §. 5. in *Ger.* OELRICHS *Thes.* Dissertation. iurid. Belgicar. Vol. II. Tom. I. pag. 127.

50) Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. et 6.

men, so geben alle zu, daß auch hier das beneficium ordinis wegfalle [51]).

Darin aber kommt das constitutum alienum mit der Bürgschaft überein, daß es

1) Die Fähigkeit voraussetzt, eine fremde Verbindlichkeit zu übernehmen. Wer also sich nicht verbürgen kann, kann auch ein solches constitutum nicht eingehen, wie z. B. Frauenspersonen, Soldaten [52]).

2) Es setzt, wie die Fidejussion, das Daseyn einer an sich nicht ungültigen Verbindlichkeit voraus, sie mag übrigens aus einer erlaubten oder unerlaubten Handlung entstanden seyn [53]). Daß auch schon immer die Person des Schuldners zu der Zeit gewiß sey, da das Constitutum eingegangen wird, ist nicht nöthig. Es ist genug, wenn nur überhaupt eine Schuld vorhanden ist. Daher kann man für erbschaftliche Schulden zum Besten der Gläubiger constituiren, wenn gleich der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, und noch sehr ungewiß ist, ob er sie antreten werde. Ulpian sagt *L.* 11. *pr. D. h. t.* Hactenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit, etiam si nullus apparet, qui interim debeat:

51) S. MEVIUS Part. I. Decis. 229. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. ult. u. a.

52) *L. 1. §. 1. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abth. Resp. XLV. nr. 12. ff.

53) *L. 1. §. 6. L. 24. L. 26. L. 29. D. h. t.* LAUTERBACH c. l. §. 8. und Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 124.

beat: utputa, si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se solutu-rum: nam et POMPONIUS scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est [54]).

3) Die Einwilligung des Schuldners ist auch hier so wenig, wie bey der Fidejussion, erforderlich. Es kann daher nicht nur ohne Wissen des Schuldners, sondern auch wider den Willen desselben geschehen, und der Schuldner ist nicht berechtiget, dem Constituenten die Zahlung an den Gläubiger zu verbieten. Ulpian belehrt uns ebenfalls hierüber, wenn er *L.* 27. *D. h. t.* sagt: Utrum praesente debitore, an absente constituat quis, parvi refert. Hoc amplius, etiam *invito* constituere eum posse, POMPONIUS *libro* 34. scribit. Unde falsam putat opinionem LABEONIS existimantis, si postquam qui constituit pro alio, dominus [55]) ei denunciet, ne solvat, in factum exceptionem dandam. Nec immerito POMPONIUS: nam cum semel sit obligatus, qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare.

4) Die Verbindlichkeit des Constituenten ist eben so, wie die des Bürgen, eine bloß accessorische. Sie hört daher auf, wenn die Hauptverbindlichkeit des Schuldners durch

54) Man sehe *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

55) Statt *dominus* ließt *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XV. c. 4. *debitor.* Diese Emendation billiget auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag. 314. und sie hat die Auctorität der Basiliken Lib. XXVI. Tit. 7. const. 27. pag. 186. T. IV. nach Fabrot für sich. Man sehe jedoch *Iust.* MEIERI Ενδοξῶν Iustinian. Decad. V. cap. 2.

durch Zahlung, oder sonst auf rechtliche Art getilgt wird [56]). Hätte der Gläubiger zuerst gegen den Constituenten geklagt, von diesem aber seine Bezahlung nicht erhalten, so ist darum der Hauptschuldner nicht befreyet, sondern es bleibt dem Gläubiger immer noch unbenommen, den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen. Es mag dieses zwar ehemals unter den alten Römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen seyn, allein nach **Ulpians** Ausspruch ist die Sache jetzt ausser Zweifel. Vetus fuit dubitatio, sagt nämlich dieser römische Jurist *L.* 18. §. *ult. D. h. t.* an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, *solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione* [57]): quoniam solutio ad utramque obligationem proficit [58]).

5) In der Regel ist jedoch das constitutum alienum eben so, wie die Fidejussion, eine subsidiarische Intercession. Dies hat wenigstens nach der Novelle 4. Kap. 1. gar keinen Zweifel, vermöge welcher auch der Constituent nur in sofern verpflichtet wird, als der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht zu erhalten vermag. Daher wird auch in der Praxis dem Constituenten das beneficium excussionis ohne alles Bedenken gestattet [59]). Endlich

6) ha-

56) *L.* 43. *D. de Solut.* *L.* 28. *D. h. t.*

57) *L.* 29. *D. de novat.*

58) *L.* 23. *Cod. de fideiussor.*

59) MEVIUS Part. I. Decis. 229. CARPZOV P. II. Const. XVIII. Def. 2. WERNHER Observat. forens. Tom. I. P. I. Obs. 29. et P. IV. Obs. 26. BERGER Oeconom. iuris. Lib. III. Tit. I. Th. II.

6) haben mehrere für die nämliche Schuld constituirt, so haften sie zwar, wie mehrere Bürgen, als correi [60]); jedoch kommt ihnen auch eben so, wie diesen, die Rechtswohlthat der Theilung zu statten [61]). Justinian hielt diese Gleichstellung für billig, wenn er *L.* 3. *C. h. t.* verordnet: Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere in his etiam, *qui pecunias pro aliis simul constituunt*, necessarium est. Aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.

§. 852. a

Bedingungen der actio de constituta pecunia. Actio *Directa* und *utilis*.

Noch ist zu bemerken, daß

I. wenn die actio de constituta pecunia Statt haben soll, dazu nach dem Edict des Prätors zweyerley erfordert werde.

1) Der Constituent muß seinem Versprechen kein Genüge geleistet haben.

2) Es muß auch nicht an dem Gläubiger gelegen haben, das Versprochene in Empfang zu nehmen.

Die Worte des Edicts, welche diese doppelte Bedingung enthalten, führt Ulpian *L.* 16. §. 2. *D. h. t.* an,

Th. II. not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. Westphals Rechtsgutachten. 1. Band h. t. §. 1. S. 81. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2069.

60) *L. 16. pr. D. h. t.*

61) LAUTERBACH c. l. §. 17.

an, wo ſie folgendermaßen lauten: Ait Praetor: *Si appareat, eum, qui conſtituit, neque ſolviſſe, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominus fieret, quod conſtitutum eſt*, ſc. iudicium dabo [62]). Der Sinn dieſer Worte geht alſo dahin, der Beklagte muß in mora ſolvendi, und der Kläger nicht in mora accipiendi geweſen ſeyn, wenn die Klage Statt haben ſoll. Ich habe geſagt, der Beklagte müſſe

1) dem Conſtitutum kein Genüge geleiſtet haben. Dahin gehört nicht bloß, wenn der Conſtituent mit der verſprochenen Zahlung ganz ausgeblieben iſt, ſondern auch

a) wenn er Zahlung verſprochen hat, und nachher, ſtatt derſelben, blos eine Cautionsleiſtung anbietet [63]). Hätte er hingegen nur die letztere conſtituirt, ſo handelt er ſeinem Verſprechen gemäß, er mag die verſprochene Caution durch Bürgen oder Pfandgebung leiſten. Paulus ſagt *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Conſtituto ſatis non facit, qui *ſoluturum* ſe conſtituit, ſi offerat *ſatisfactionem*. Si quis autem conſtituat, ſe *ſatisdaturum* [64]), et *fide-*

62) Dieſe letztern Worte ſupplirt nicht ohne Grund *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

63) Es iſt ein großer Unterſchied zwiſchen Zahlung und Cautionsleiſtung. Erſtere muß der Gläubiger auch wider ſeinen Willen annehmen, allein nicht die letztere. Dieſe gilt nur denn der Zahlung gleich, wenn ſich der Gläubiger dieſelbe will gefallen laſſen. *L. 6. §. 1. D. Quib. mod. pignus ſolv.*

64) So lieſet die Florentine. Dagegen haben Haloander und Baudoza *ſatisfacturum*. Dieſer Leſeart giebt *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Exſpectas* pag. 316. den Vorzug.

Unſer

iussorem vel *pignora* det, non tenetur: quia nihil interfit, quemadmodum satisfaciat.

b) Wenn der Constituent etwas Anderes leisten will, als er zu zahlen versprochen hat. Denn es bleibt auch hier bey der Regel, daß gerade derjenige Gegenstand geleistet werden muß, worauf die Verbindlichkeit des Schuldners gerichtet ist; es sey von einem Geben oder Thun die Rede [65]).

c) Wenn der Constituent die Zahlung einem Andern geleistet hat, als dem sie versprochen worden ist. Z. B. Du hattest anfangs mir oder dem B. die Zahlung versprochen; nachher versprichst Du durch ein Constitutum, mir die Zahlung allein leisten zu wollen. Gleichwohl hast Du die Schuld dem B. bezahlt. Hier kann ich Dich dennoch ex constituto belangen [66]). Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Schuldner mit einem seiner Correalgläubiger das Constitutum eingeht, daß er ihm allein zahlen

Unser Erlanger Pand. Codex hingegen stimmt mit der Florentine überein. In den *Basilicis* Tom. IV. pag. 185. in fin. heißt es auch: Ο ἀντιφωνῶν ἐκανοδοσίαν δίδουαι. i. e. *Qui constituit se satisdaturum*; und BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Satisdare*, macht bey dieser Stelle die Bemerkung, daß das Wort *Satisdare* zuweilen, im allgemeinen Sinn genommen, soviel heiße, als *quoquo modo satisfacere*.

65) *L.* 25. *D. h. t. L.* 2. §. 1. *in fin. D. de reb. credit.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 4. pag. 932. und THIBAUT Systems des Pand. Rechts. 1. B. §. 92.

66) *L.* 8. *D. h. t.* POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. 23. seqq. pag. 388.

len wolle, und nachher doch dem Andern die Zahlung leiſtet. Hier wird derjenige, mit welchem das Conſtitutum iſt eingegangen worden, nun als der alleinige Gläubiger angeſehen. Paulus ſagt *L.* 10. *D. h. t.* Idem eſt, et ſi ex duobus reis ſtipulandi poſt alteri conſtitutum, alteri poſtea ſolutum eſt; quia loco eius, cui iam ſolutum eſt, haberi debet is, cui conſtituitur.

2) Die andere Bedingung iſt, daß es nicht an dem Gläubiger ſelbſt gelegen habe, daß der Schuldner dem Conſtitutum kein Genüge geleiſtet hat. Fehlt es an einem dieſer Erforderniſſe, ſo fällt die Klage weg, jedoch entſchuldiget kein, auch nur zufälliges Hinderniß, welches ſich am Tage der Leiſtung in der Perſon des Conſtituenten ereignete [67]). Generaliter enim cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet, ſagt Venulejus *L.* 137. §. 4. *D. de Verb. obligat.* Nur wenn die Sache, welche den Gegenſtand der Verbindlichkeit ausmacht, durch Zufall zu Grunde gegangen iſt, ſo kann ſich der Conſtituent, wenn er dennoch belangt worden iſt, mit einer Einrede ſchützen [68]), wie Ulpian lehrt, wenn er *L.* 16. §. 3. *D. h. t.* ſagt: Si non ſtetit per actorem, tenet actio, *etiamſi per rerum naturam ſtetit.* Sed magis dicendum eſt, ſubveniri reo debere. Es fragt ſich aber, auf welchen Zeit-

67) S. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XVIII. Th. 79. not. γ.

68) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. h. L. und *Io.* IENSII Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad L. 16. §. 3. D. h. t. pag. 105. (edit. *Lugdun. Batav. 1764.* 4.)

punct zu sehen sey, um zu beurtheilen, ob der Kläger oder der Beklagte in mora war? Vergleichen wir hierüber die *L.* 16 § *ult. L.* 17 und *L.* 18. *D. h. t.* so scheinen Ulpian und Paulus hierin nicht einerley Meinung gewesen zu seyn. Ulpian behauptet, nach den Worten des Edicts komme es präcis auf die in dem Constitutum festgesetzte Zeit an. Ist der Constituent zu dieser Zeit seiner Verbindlichkeit nicht nachgekommen, so ist die Klage gegen ihn begründet, wenn er auch nachher die Zahlung dem Gläubiger angeboten hatte. Folgende Worte lassen hierüber keinen Zweifel übrig: Haec autem verba Praetoris, *neque feciſſe reum, quod conſtituit*, utrum *ad tempus conſtituti* pertinent, an vero *usque ad litis conteſtationem* trahimus, dubitari poteſt? Et puto, *ad tempus conſtituti*. Paulus hingegen glaubt, wenn der Constituent auch nicht gerade an dem bestimmten Zahlungstage sich eingestellt, sondern erst nach Verlauf desselben dem Gläubiger Zahlung angeboten habe, so sey der letztere in mora, wenn er die Zahlung ohne rechtmäßige Ursache anzunehmen verweigerte. Der Schuldner könne also die Folgen seiner mora noch abwenden, so lange der Gläubiger seine Klage noch nicht erhoben hat. So wären die Worte des Prätors: *neque feciſſe reum* nach der Billigkeit, und dem Geist des Edicts gemäß zu erklären. Dies ist der Sinn der *L.* 17. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Sed et ſi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla iuſta cauſa fuit non accipiendi, aequum eſt, ſuccurri reo aut exceptione, aut iuſta interpretatione: ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipſi noceat; ut illa verba, *neque feciſſe*, hoc ſignificent, *ut neque in diem, in quem conſtituit, fecerit, neque poſtea.* Der

Zu-

Zuſammenhang zwiſchen beyden Stellen iſt alſo der. Nach den Worten des Edicts iſt zwar der Schuldner in mora, wenn er ſich nicht prăcis an dem beſtimmten Zahlungstage bey dem Gläubiger einfindet, und ſeiner Verbindlichkeit ein Genüge leiſtet. Allein nach einer billigen Auslegung deſſelben kann der Conſtituent ſeine mora noch bis zur Anſtellung der Klage des Gläubigers wieder gut machen, wenn er ihm Zahlung anbietet. Schlägt der Gläubiger dieſes Anerbieten, ohne ein gegründetes Intereſſe zu haben, aus; ſo wird er dadurch in mora verſetzt, und klagt er dennoch nachher gegen den Conſtituenten, ſo kann ſich letzterer mit einer Exception dagegen ſchützen. Eſt igitur in mora accipiendi actor, ſagt mit Recht **Anton Fabet** [69]), quamdiu nihil adhuc coepit ipſius intereſſe, licet conſtituens fuerit in mora ſolvendi. Merito igitur noluit Praetor, ut factum actoris ipſi noceat, ad tempus usque accepti iudicii, niſi iuſtam cauſam habuerit recuſandae ſolutionis, id eſt, niſi damnum aliquod ex mora ſenſerit, ut negari non poſſit eius intereſſe. Mit dieſer Erklärung ſtimmen auch die **Baſiliken** [70]) überein, in welchen der Sinn der angeführten beyden Stellen auf folgende Art ausgedrückt iſt. Ὁ μὴ ἐμπροθέσμως ποιῶν ὅπερ ἀντεφώνησεν, ὑπόκειται. ὁ δὲ φυσικῶς ἐμποδισθεὶς, βοηθειται. Καὶ ὁ μετά ταῦτα μέχρι προκαταρξεως, ποιῶν ὅπερ ἀντεφώνησεν. Εν ᾧ μὴ διαφέρει τῷ ἐνάγοντι. i. e. *Qui conſtituta die non fecit, quod conſtituit, tenetur. Si vero per rerum naturam ſtetit, ſubvenitur ei. Et ei, qui poſtea usque ad litis conteſtationem fecit, quod conſti-*

69) Rational. in Pand. ad L. cit. pag. 513.

70) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. pag. 184. edit *Fabroti.*

tuit, ſi actoris non interſit. So wäre man alſo mit den Worten des Edicts: *neque ſolviſſe neque feciſſe*, welche von der mora debitoris handeln, im Reinen. Allein einem gleichen Zweifel ſind die Worte: *neque per actorem ſtetiſſe*, unterworffen. Ulpian behauptet, daß auch dieſe auf die in dem Conſtitutum beſtimmte Zahlungszeit zu beſchränken wären. War alſo der Gläubiger zu dieſer Zeit zum Empfang der Zahlung bereit, ſo iſt die Klage begründet, wenn er es auch gleich weder vorher noch nachher geweſen wäre. Die Worte deſſelben lauten *L.* 18. *h. t.* ſo: Item illa verba Praetoris, neque per actorem ſtetiſſe, eandem recipiunt dubitationem. Et *Pomponius* dubitat, ſi forte ad diem conſtituti per actorem non ſtetit, ante ſtetit, vel poſtea? Et puto, *et haec ad diem conſtituti referenda.* Wollte man dieſe Worte von dem Falle verſtehen, da der Gläubiger die ihm vor der Zahlungszeit oder auch nach Ablauf derſelben angebotene Zahlung ausſchlug, und die Klage für gegründet halten, wenn nur der Gläubiger beym Eintritt der Zahlungszeit bereit war, die ſchuldige Sache in Empfang zu nehmen, ſo würde auch hier zwiſchen Ulpian und Paulus ein Widerſpruch ſeyn. Allein der Fall war abgethan, wenn der Schuldner zwar beym Eintritt der Zahlungszeit ausblieb, nachher aber, ehe noch der Gläubiger die Klage gegen ihn erhoben hatte, ihm die Zahlung anbot. Daß hier nach einer billigen, und dem Geiſt des Edicts gemäßen Erklärung die Klage nicht mit Wirkung angeſtellt werden könne, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Zahlung ohne rechtmäßige Urſache ausgeſchlagen hat, iſt nun als eine, nach dem Ausſpruch des Paulus, ganz entſchiedene Wahrheit anzuſehen. Eben ſo wenig kann es aber auch einem

gegrün-

gegründeten Zweifel unterworffen ſeyn, daß ſich der Schuldner durch eine Einrede ſchützen könne, wenn er noch vor dem Eintritt des Zahlungstermins dem Gläubiger die ſchuldige Sache anbot, und der letztere die Annahme derſelben ohne rechtmäßige Urſache verweigerte. Denn **Ulpian** ſagt ſelbſt *L.* 38. §. 16. *D. de Verbor. obligat.* Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt: *totum enim medium tempus ad ſolvendum liberum promiſſori relinquitur.* Hiermit ſtimmt auch **Celſus** *L.* 70. *D. de ſolut.* überein. Allein die vom **Ulpian** in der *L.* 18. *pr. D. h. t.* angeführten Beyſpiele beweiſen, daß hier von einem ſolchen Falle die Rede ſey, wo nicht durch verweigerte Annahme der ſchuldigen Zahlung, ſondern durch andere zufällige Urſachen, die ſich in der Perſon des Gläubigers ereignet haben, die Erfüllung der Verbindlichkeit auf Seiten des Schuldners verhindert wurde. Hier ſtimmen **Ulpian** und **Paulus** darin überein, daß es lediglich darauf ankomme, ob der Zufall, welcher den Gläubiger hinderte, die Zahlung, wozu der Conſtituent bereit war, in Empfang zu nehmen, ſich gerade zu der Zeit, da die Leiſtung geſchehen ſollte, in ſeiner Perſon ereignete, oder vorher, oder nachher. Nur in dem erſten Falle iſt er dem Gläubiger nachtheilig, in den übrigen Fällen hingegen iſt die Klage begründet. So ſind mit **Jacob Voorda** [71]) die Worte **Ulpians** zu erklären, welche ſo lauten: Proinde ſi valetudine impeditus, aut vi aut tempeſtate petitor non venit, ipſi nocere *Pomponius* ſcribit. Nach dieſen Worten iſt alſo der Gläubiger in mora, wenn der Schuldner am Zahlungstage bereit war, ſeine Verbind-

71) Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 16.

lichkeit zu erfüllen, und ihn zu dieser Zeit nichts hinderte, die schuldige Zahlung zu leisten, als die Gegenwart des Gläubigers, welcher am Zahlungstage nicht anzutreffen war, wenn letzterer auch durch einen bloßen seine Person betroffenen Zufall wäre gehindert worden, die schuldige Sache zur bestimmten Zeit von dem Constituenten in Empfang zu nehmen. Fällt indessen gleich die actio de constituta pecunia in diesem Falle weg, so kann sich der Gläubiger doch noch immer der Klage bedienen, welche ihm des eingegangenen Geschäfts wegen vor dem Constitutum zustand [72]). Denn daß durch das Constitutum die erste Verbindlichkeit nicht aufgehoben werde, ist schon oben bemerkt worden.

II. Die actio de constituta pecunia ist bald *directa* bald *utilis*. Erstere steht demjenigen zu, welchem constituirt worden ist, er sey der Gläubiger selbst, oder ein Dritter, wenn diesem nur mit Einwilligung des Gläubigers war constituirt worden [73]). Daher kann auch ein Procurator direct klagen, wenn diesem die Zahlung ist versprochen worden [74]), und daß die Klage auch den Erben zustehe, leidet vollends keinen Zweifel [75]). Letztere hingegen kann auch einem

72) S. *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 316. und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XLVII. Th. 9.

73) *L. 5. §. 2. L. 6. L. 7. L. 8. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. STRUV Synt. iur. civ. h. t. Th. 79. et ad *Eundem* MÜLLER not. α.

74) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

75) Denn die actio de constituta pecunia ist, wie Ulpian lehrt *L. 18. §. 2. D. h. t.* eine bloß persecutorische Klage, wenn gleich die Verbindlichkeit, welche durch das Constitutum bestärkt

einem Dritten zustehen, nämlich den Pupillen, Minderjährigen und Städten, wenn deren Tutoren, Curatoren oder Actoren zum Besten derselben mit ihren Schuldnern constituirt haben [76]). Hat der Fiduciar mit den Schuldnern des Erlassers zum Besten der Erbschaft constituirt, so sprechen zwar ihm die Gesetze nach geschehener Ablieferung der Erbschaft die actionem de constituta pecunia ab, weil nach der Verordnung des Trebellianischen Senatsschlusses die erbschaftlichen Forderungen auf den Fideicommissar übergegangen sind. Allein es fragt sich, ob sich nicht der Fideicommissar der constitutorischen Klage bedienen könne? Nun gehen zwar eigentlich die Klagen aus solchen Geschäften, welche der Fiduciar vor der Restitution vorgenommen hat, nach dem angeführten Senatus-Consultum nicht ipso iure auf den Fideicommissar über, sondern es muß sich derselbe deshalb die Rechte des Fiduciars besonders cediren lassen [77]). Es wird indessen dem Fideicommissar der Billigkeit wegen eine actio utilis ex constituto gestattet; welche auch dem wahren Erben in dem Falle zusteht, da derselbe die Erbschaft gegen den Besitzer derselben erstritten hat, wenn dieser zuvor mit den Erbschaftsschuldnern constituirt hatte [78]). Paulus bestätiget alles dieses, wenn

bestärkt worden ist, ursprünglich durch ein Delict entstand. S. BOECKELMANN Comment. in Dig. h. t. §. 10. Daß daher die actio constitutoria sowohl active als passive auf die Erben übergeht, bestätiget ausdrücklich Justinian *L. 2. pr. Cod. h. t.*

76) *L. 5. §. 9. D. h. t.*

77) *L. 73. pr. D. ad Sctum Trebell.* S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1859.

78) Nach dem strengen Recht wirken sonst Verträge, die der Besitzer

wenn er *L.* 22. *D. h. t.* ſagt: Si poſt conſtitutam tibi pecuniam, hereditatem ex Senatusconſulto Trebelliano reſtitueris, quoniam ſortis petitionem transtuliſti ad alium, deneganda eſt tibi *pecuniae conſtitutae actio.* Idem eſt in hereditatis poſſeſſore poſt evictam hereditatem. *Sed magis eſt, ut fideicommiſſario, vel ei, qui vicit, decernenda eſſet actio* [79]).

§. 852. b.

Heutiger Gebrauch dieſer Lehre.

Der heutige Nutzen des Conſtitutums läßt ſich im Ganzen wohl nicht mit Grund bezweifeln. Zwar wirkt heutiges Tages ſchon jedes Verſprechen an ſich eine Klage, es mag in Rückſicht einer ſchon vorhandenen Verbindlichkeit

Beſitzer einer fremden Erbſchaft geſchloſſen hat, für den wahren Erben, wenn er die Erbſchaft erſtreitet, weder Verbindlichkeit, noch Recht. *L. 17. §. 6. D. de pactis.* Allein der Erbe kann verlangen, daß ihm der Beſitzer alle Klagen cedire, welche er der Erbſchaft wegen erworben hat. *L. 16. §. 4. 5. et ult. L. 17. L. 18. pr. L. 20. §. 17. L. 30. D. de heredit. petit.* Man vergleiche noch *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad Tit. de pactis ad L. cit. 17. §. 6. h. t. *Fr.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. cap. 8 *Oper.* pag. 933. *Lud.* CHARONDAS Πειθανων ſ. Veriſimil. Lib. II. cap. 8. und *Iul.* PACIUS Ενανπιοφαν. Cent. I. Qu. 93.

79) Ohne Grund hält *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XV. cap. 5. dieſe letztern Worte für einen Zuſatz des Tribonians. Man ſehe vielmehr über dieſes Geſetz die ſehr gründliche Erklärung in *Iuſt.* MEIERI Ενδοξων Iuſtinianeor. Decad. V. cap. 1. und *Iul.* PACIUS Ενανπιοφαν. Centur. III. Qu. 37.

keit geſchehen, oder nicht. Deswegen läßt ſich aber doch mit Johann Schilter [80]) nicht behaupten, quod actio ex pacto moribus noſtris *ſibi in omnia ſufficiens* ſit, noch mit Georg Beyer [81]) dieſer Lehre aller heutiger Gebrauch abſprechen. Das *conſtitutum proprium* hat noch immer darin ſeinen Nutzen, daß dadurch ein nicht abſolut ungültiges, ſondern nur in Anſehung ſeiner Wirkungen eingeſchränktes Geſchäft vollgültig und wirkſam werden kann, wenn es unter ſolchen Umſtänden geſchiehet, unter denen ſich der Conſtituent vollgültig verpflichten kann. Daß auch beym Darlehn durch ein wiederholtes Zahlungsverſprechen die exceptio non numeratae pecuniae ausgeſchloſſen werde, iſt ſchon an einem andern Orte [82]) geſagt worden. Das *conſtitutum alienum* hingegen iſt heutzutage von der Fidejuſſion zwar nicht mehr in Anſehung der Form, wohl aber noch jetzt in Anſehung des Zwecks unterſchieden, inſofern es nämlich zu anderen Zwecken geſchiehet, als blos um dem Gläubiger Sicherheit zu verſchaffen [83]). Es iſt daher unrichtig, wenn einige [84]) behaupten, daß die Fidejuſſion ganz in das Conſtitutum übergegangen ſey, und daher heutzutage bey Bürgſchaften bloß die actio conſtitutoria Statt habe.

80) Prax. iuris Rom. Exercit. XXIV. §. 76.

81) Delineat. iuris civ. poſitionib. ſuccinctis comprehenſa ſecundum Pandectas h. t. pag. 281.

82) S. den 12. Th. dieſes Commentars S. 151. ff.

83) S. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 955. der 3. Aufl.

84) SCHILTER c. l. §. 78. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 2068. BEYER c. l. pag. 281.

Lib. XIII. Tit. VI.

Commodati vel contra.

§. 853.

Begriff des Leihcontracts, und Erforderniſſe deſſelben.

Der andere Real-Contract, von welchem der Prätor in ſeinem Edict unter der Rubric *de rebus creditis* handelte, iſt der Leihcontract, (*commodatum*) [85]). Man verſteht darunter denjenigen Real-Contract, wodurch Jemand einem Andern eine Sache unentgeldlich zu einem in Rückſicht auf Art, Zweck, oder Zeit beſtimmten Gebrauch unter der Bedingung übergiebt, daß er nach geendigtem Gebrauch die Sache in Natur und unverdorben wieder zurückgeben ſolle [86]). Die Worte des Edicts, welches von dieſem

85) S. *Franc.* DUARENI Commentar. ad hunc Tit. in *Operib.* pag. 951. ſqq. Auſſerdem haben *Io.* GOEDDAEUS, *Casp.* ZIEGLER, *Barth. Leonh.* SCHWENDENDOERFER und andere mehr, welche in LIPENII *Bibl. reali iurid.* v. *Commodatum* angeführt werden, von dieſem Contract gehandelt. Unter den neuern ſind zu bemerken *Mich. Henr. Ge.* REINHARDI Commentat. de commodato eiusq. actionibus. *Erfordiae 1752.* 4. und *Henr. Ant. van* ALPHEN van der Broeck Diſſ. de commodato. *Lugd. Bat. 1785.*

86) Das Wort *commodatum* hat verſchiedene Bedeutungen. Es wird

dieſem Contract handelte, lauteten nach Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.* ſo: *Quod quis commodaſſe dicetur, de eo iudicium dabo.* Anton Faber [87]) folgert hieraus, daß die *actio commodati* eine prätoriſche Klage ſey. Vorher habe nach dem ältern Civilrecht nur *actio in factum praeſcriptis verbis* Statt gefunden. Allein richtiger iſt wohl die Meinung des Cocceji [88]), daß die actio commodati urſprünglich eine Civilklage ſey. Denn Ulpian zählt *L.* 7. *pr. et §.* 1. D. de pactis ausdrücklich das *commodatum* zu denjenigen conventionibus iuris gentium, welche von jeher eine Klage wirkten; die actiones in factum praeſcriptis verbis aber entſtanden erſt aus neuern Geſchäften, welche keine beſtimmte Klagformel hatten [89]). Es iſt auch gar keine richtige Folge, daß eine Klage darum eine actio praetoria ſey, weil ſie der Prätor in ſein Edict aufgenommen hat. Hierzu kommt, daß urſprünglich in dem Edict des Prätors nicht einmal das Wort *commodaſſe* gebraucht war, Pacuvius, der Urheber des Edicts, ſchrieb: *Quod quis utendum dediſſe dicetur*, wie Gerhard Noodt wird nicht nur für dieſen Contract genommen, der oben definirt worden iſt, ſondern auch für die entlehnte Sache, z. B. commodatum accipere, reddere, reſtituere. *L. 3. §. 3. L. 5. pr. et §. 13. D. L. fin. Cod. h. t.* Bisweilen auch für die Klage aus dem Contract, z. B. commodati agere, commodati teneri. S. LAUTERBACHII Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

87) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t.

88) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

89) S. MEISTERI Diſſ. de in factum actionibus. Cap. II. §. 33. in *Opuſc.* pag. 381.

Noodt [90]), bemerkt. Erst Julian verbesserte dieses in dem edicto perpetuo, und setzte dafür den passendern Ausdruck *commodasse*. Unum solummodo notandum, sagt Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* quod qui Edictum concepit, (nämlich Julian) *commodati* fecit mentionem, cum PACUVIUS *utendi* fecerit mentionem. Von dem Leihcontract sind folgende Sätze zu bemerken.

1) Das Commodatum ist ein Realcontract, und wird, als solcher, erst durch die Tradition perfect.

2) Es hat also nur Sachen zum Gegenstande. Einige Rechtsgelehrten wollen zwar auch ein *commodatum personarum* annehmen, nämlich in Absicht auf Dienstleistung [91]). So sagt Just Henning Böhmer [92]): Dari etiam *commodatum personarum* intuitu operarum suarum, notum. Quidni ergo etiam Episcopus vel alius Superior clericum alii ecclesiae ad certum tempus *commodare* posset? qui revocari nequit, nisi post usum expletum. Eben dieses behaupten wörtlich Paul Joseph von Riegger [93]), und Xaver Gmeiner [94]); und Müller [95]) bemerkt noch insonderheit hierüber Folgendes: Quin etiam

90) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 317.

91) S. Otto Ludwig von Eichmann rechtliche und historische Anmerkungen von dem Leihen der Personen; (in desselben Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrsamkeit. (Halle 1782. 8.) Nr. XIV.

92) Institut. iuris canon. Lib. III. Tit. 15. §. 8.

93) Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 332.

94) Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 540. Cor. 3.

95) Ad *Struvii* Synt. iur. Exercit. XIX. Th. 4. not. B.

etiam hodie *commodare* poſſumus ſervos ſeu famulos noſtros, homines liberos. Videmus enim Principes perſonas aliis commodato dare cantores, coquos, et alios ſuos miniſtros. Allein das Römiſche Recht kennt kein Commodatum freyer Perſonen. Nur Sklaven, als Sachen betrachtet, konnten ein Gegenſtand dieſes Contracts ſeyn [96]). Wird einer freyen Perſon von demjenigen, welcher über ſie zu gebieten hat, erlaubt, oder anbefohlen, einem Dritten zu deſſelben Nutzen unentgeldlich gewiſſe Dienſte zu leiſten, ſo treten hier ganz andere rechtliche Verhältniſſe ein, welche zwar eine actio in factum, oder praescriptis verbis begründen können, aber nicht die actio commodati. Auch das Canoniſche Recht, worauf ſich Böhmer, und die übrigen oben angeführten Canoniſten berufen, weicht hierin von dem Römiſchen Recht nicht ab. Der hierüber ſprechende Text, *cap. un. X. de commodato* lautet ſo: Cum gratia ſui tantum quis commodatum accepit, de leviſſima etiam culpa tenetur, licet caſus fortuitus (niſi acciderit culpa ſua, vel intervenerit pactum, ſeu in mora fuiſſet) ſibi non debeat imputari. Contra eum quoque recte *commodati* non agitur, *niſi poſt uſum expletum, cuius gratia res fuerit commodata*, cum non decipi beneficio nos oporteat, ſed adiuvari. Auch das Canoniſche Recht nimmt alſo nur bey Sachen ein Commodatum an.

3) Die Sache wird im Commodat dem Empfänger blos zum Gebrauch gegeben. Er erhält daher nichts als eine Detention der Sache, keinen juriſtiſchen Beſitz, noch viel

96) *L. 5. §. 7. L. 22. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.*

viel weniger ein Eigenthum [97]). Daher ist es auch gleichgültig, ob die entlehnte Sache eine eigene Sache des Verleihers oder eine fremde Sache ist [98]).

4) Die Sache muß dem Entlehner zu einem bestimmten Gebrauche überlassen werden. Dieser Gebrauch kann bestimmt seyn 1) in Absicht auf die Art desselben. Z. B. ich leihe Jemandem mein Pferd bloß zum Reiten oder zum Pflügen, oder zum Gebrauch für die Reitbahn; oder ich leihe Jemandem Geld bloß zur Prahlerey. [99]) 2) In Absicht auf den Zweck. Z. B. es leihet mir Jemand seine goldene Uhr, um sie meinem Gläubiger zum Pfande zu geben [100]). 3) In Absicht auf die Zeit. Z. B. ich leihe Jemandem ein Buch blos auf einen Tag. Ueberhaupt kann der Gebrauch, den man in diesem Contract dem Andern verwilliget, bald mehr, bald weniger beschränkt seyn; er muß nur aber immer so beschaffen seyn, daß er der wesentlichen Verbindlichkeit des Commodatars, die Sache in Natur zurückzugeben, nicht widerspricht. Daher können denn auch fungible Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn, wenn man sie zu einem solchen Gebrauche entlehnt,

97) *L. 9. D. de rei vindicat. L. 4.* verglichen mit *L. 3. §. ult. D. ad exhib. L. 8. D. h. t. L. 9. D. eod. L. 38. §. 10. D. de usur. L. 20. de acquir. vel amitt. poss. L. 1. §. 3. D. de precario.*

98) *L. 15. et 16. D. h. t.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 318.

99) *L. 3. §. 6. D. h. t.*

100) *L. 5. §. 12. D. h. t.*

lehnt, wodurch sie nicht consumirt werden [1]). Ulpian bestätiget dieses selbst, wenn er *L.* 3. §. 4. *D. h. t.* sagt: Non potest commodari id, quod usu consumitur: nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat; und Cajus führt *L.* 4. *D. eodem* ausdrücklich das Beyspiel vom Gelde an: Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, sagt er, ut *dicis gratia* [2]) numera-

1) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1875. a. E. Es ist also unrichtig, wenn viele den Begriff des Commodats so bestimmen, als wenn nur allein nicht fungible Sachen ein Gegenstand desselben seyn könnten. Z. B. HUBER in Praelect. ad Instit. Lib. III. Tit. 15. §. 8. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 1. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 106. *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iur. civ. §. 409. u. a.

2) *Dicis causa* ist soviel als perfunctorie, simulate, ad speciem, zum Schein, was man sonst pro forma nennt. Ueber die Etymologie dieses Ausdrucks sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Man sehe darüber *Abrah.* WIELING Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 3. Er selbst leitet es von ἀπὸ τῆς δίκης her. Auch *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 3. pag. 463. ist der Meinung, daß der Ausdruck *dicis causa* aus dem Griechischen abstamme, nämlich von δίκαιον *ius* vel *iustum.* Er sagt daher: *dicis causa* datur hic pecunia, ut contractus sit iustus, et ex legis praescripto. Cuius exemplum sumi potest in omnibus imaginariis, quos appellamus, contractibus. Auch CICERO *Orat. IV. in Verrem. cap.* 24. braucht den erwähnten Ausdruck in der angegebenen Bedeutung, wenn er sagt: *Attamen, ut posset dicere, se emisse, Archagato imperat, ut aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummulorum* DICIS CAUSA *daret.* Man sehe auch *Barn.* BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Dicis causa.*

tionis loco intercedant. Man denke sich z. B. den Fall, daß der Gläubiger, um seinen Schuldner, dem er die Schuld erlassen hat, gänzlich von seiner Verbindlichkeit zu befreyen, demselben das Geld selbst geliehen hätte, um ihm damit in Gegenwart von Zeugen zum Schein die Schuld zu bezahlen [3]).

5) Der Gebrauch der Sache muß unentgeldlich überlassen werden, jedoch

6) unter der Bedingung, die Sache nach geendigtem Gebrauche in Natur wieder zurückzugeben. Hierdurch unterscheidet sich der Leihcontract vom Darlehn. Denn in dem letztern wird das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übertragen, mit der Verpflichtung, eine Sache von derselben Art, Güte und Größe zur gehörigen Zeit zurückzugeben [4]).

§. 854.

Das Commodat ist ein Realcontract.

Da der Leihcontract nach der Natur der Real-Contracte erst durch die Uebergabe der Sache seine Perfection erhält, so muß man ein bloßes pactum de commodando davon wohl unterscheiden. Ein solches ist vorhanden, wenn die Sache noch nicht wirklich übergeben, sondern blos deren Uebergabe versprochen wird. Nach dem Römischen Recht

3) *L. 67. D. de solut.* iunct. L. 18. §. 1. D. de reb. cred. S. Ge. FRANTZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 13.

4) Von diesen Unterschiede handeln ausführlich MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 2. not. β. pag. 1223. und MADIHN cit. Institut. §. 410.

Recht ist dieses unverbindlich, allein nach dem heutigen Recht begründet ein solcher Vertrag eine klagbare Verbindlichkeit zur Uebergabe [5]). Die Uebergabe kann übrigens auch hier sowohl eine wahre, als erdichtete seyn. Z. B. ich habe Jemandem eine gewisse Sache in Verwahrung gegeben, und erlaube ihm nachher, dieselbe als ein Commodatum zu gebrauchen [6]).

§. 855.

Wer trägt im commodato den casum? Wenn kann die Sache zurückgefordert werden?

Daß der Commodatar nicht das Eigenthumsrecht der entlehnten Sache, sondern nur ein Gebrauchsrecht erhält, ist bereits bemerkt worden. Der Verleiher bleibt daher Eigenthümer [7]); ihn trifft folglich auch

5) S. WERNHERI select. Observat. for. Tom. I. Part. III. Obs. 97. und THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 914.

6) Es concurrirt hier die actio commodati mit der actione depositi electivisch. S. STRYK Tr. de actionib. forens. Sect. I. Membr. V. §. 24. und Ge. OELRICHS Diss. de indole depositi notissimos terminos suos egredientis. *Goettingae 1777.* Sect. II. §. 3.

7) Auch nach teutschen Rechten geht das Eigenthum der Sache nicht auf den Commodatar über, wenn gleich mehrere das Gegentheil haben behaupten wollen, deren Meinung aber *Io.* SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. XXV. §. 4.—10. zur Genüge widerlegt hat. Der Grund, daß nach der Verordnung einiger teutscher Statuten der Verleiher gegen den dritten Besitzer der geliehenen Sache keinen Anspruch haben solle, ist noch kein überzeugender Beweis. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5—8. und Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 4. Abth. Nr. IX. S. 346. ff.

in der Regel der Schade, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde geht, gesetzt auch daß der Zufall durch die Art des Gebrauchs, wozu die Sache geliehen war, verursacht worden wäre. Denn der Commodant hat es sich alsdann selbst zuzuschreiben, daß er die Sache zu einem so gewagten Geschäft hergeliehen hat. Es muß nur der Commodatar die Gränzen des ihm gestatteten Gebrauchsrechts nicht überschritten, noch sonst durch ein Versehen den Zufall veranlaßt haben. Ein anders wäre freylich, wenn er den Zufall übernommen hätte, welches auch in dem Falle angenommen wird, da sich der Commodatar verbindlich gemacht hat, entweder die geliehene Sache selbst, oder deren Werth zu erstatten, und die Sache in dieser Absicht geschätzt worden ist [8]). Die bloße Aestimation der gellehenen Sache, ohne daß der Commodatar seiner Seits dieselbe zu erstatten versprochen hat, ist nicht hinreichend, wenn gleich mehrere das Gegentheil behaupten [9]). Folgende Gesetzstellen werden das Gesagte hinlänglich bestätigen.

L. 5.

8) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXIV. Th. 3. GRIEBNER Progr. de aequitate Legum Rom. circa periculum rei commodatae. *Lipsiae 1702.* und *ab* EICHMANN Pr. de commodatario ad praestandum casum obligato. *Duisburgi 1752.*

9) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 28. §. *Neque ex conventione.* (in *Ge.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. IV. pag. 58.) BERGER in Oecon. iur. Lib. III. Tit. II. Th. 7. not. 3. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 4. FRANTZKIUS Comm. in Pand. h. t. nr. 44. Allein man sehe vielmehr *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XXVII. §. 7. et 8. (in MEERMANNI *Thes. iur. civ. et can.* Tom. III. pag. 541.) *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν.

f. LL.

1) *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit.*

Mit Recht bemerkt bey dieser Stelle Franz Connanus [10]): At mihi videtur aestimatio non alia de causa fieri, quam ut certum sit pretium rei, si forte contingat, eam dolo vel culpa vel negligentia accipientis amitti: ut ea de re non sit amplius aut iudicio disputandum, aut iurandum in litem. Quod adeo puto clarum esse, ut nulla dubitatio esse possit, praesertim in hoc contractu, qui sua natura dominium rei non transfert. Quando vero is, qui accipit commodato, de aestimatione rei convenit, recepitque aestimationem se praestaturum, ni rem restituerit; ea casu aliquo peremta, cum iam non possit eam restituere, ex pacto suo tenetur ad aestimationem. Viele [11]) wollen zwar die angeführte Stelle nur von dem Falle verstehen, wenn der Commodatar, wie gewöhnlich, von dem Contract den Vortheil allein hat. Denn wenn derselbe in diesem Falle die Aestimation versprach, so könne man eine solche Verpflichtung nicht wohl für etwas anders,

s. LL. Conciliatar. Centur. VII. Qu. 96. *Io.* BRUNNEMANN Comment. ad L. 5. §. 3. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

10) Commentar. iur. civ. Lib. VII. cap. 3. pag. 466.

11) SALICETUS ad L. 5. §. 3. D. h. t. *Ge.* FRANTZKIUS in Comm. h. t. n. 44. et 45. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 1. B. S. 62. f. u. a. m.

als für eine Erklärung ansehen, den Zufall auf sich nehmen zu wollen, weil er für die kleinste Nachlässigkeit ohnehin schon zu haften habe, und also das Versprechen, den Werth zu erstatten, ganz unnütz seyn würde, wenn der Commodatar nicht eine größere Verbindlichkeit damit hätte auf sich nehmen wollen, als die ihm ohnehin schon obgelegen wäre. Man bestärkt diese Erklärung vorzüglich damit, daß in dem unmittelbar vorhergehenden Worten des §. 2. *L.* 5. *cit.* der Satz aufgestellet werde: Commodatum plerumque *solam utilitatem* continere eius, *cui commodatur*; et ideo et culpam praestandam et *diligentiam*. Diesen Satz dehne nun der Jurist in dem §. 3. noch weiter dahin aus, daß er sagt, der Commodatar müsse in diesem Falle, nämlich wenn er von dem Commodat allein den Vortheil hat, auch sogar für den Zufall stehen, wenn er die Aestimation versprochen habe. Hieraus schließen sie, daß wenn das Commodatum sowohl dem Verleiher als dem Entlehner vortheilhaft ist, das Versprechen der Aestimation den Commodatar nur verbindlich mache, für die geringste Nachlässigkeit zu haften, und wenn es bloß den Vortheil des Verleihers zum Zweck hat, der Commodatar nur zur Vertretung der culpae levis verbindlich werde. Denn man könne in diesen beyden Fällen vernünftigerweise nur annehmen, daß sich der Commodatar um einen Grad, nicht aber daß er sich um zwey Grade mehr habe verbindlich machen wollen. Allein vergleicht man damit andere Stellen, die vom periculo rei aestimatae handeln, so wird man mit Ziegler [12]) gegründetes Bedenken finden dieser Meinung beyzu-

12) Diss. de commodato Th. 106 — 114. in *Disceptat. Eius select.* pag. 502.

beyzustimmen. Um nur ein Beyspiel anzuführen, so gereicht bekanntlich der Miethcontract beyden Theilen zum Vortheil. Daher haften sie nur für culpa levis, wie Ulpian *L.* 5. §. 3. *D. h. t.* lehrt. Gleichwohl trägt der conductor die Gefahr, wenn er die ihm vermiethete Sache für einen bestimmten Preiß übernahm. Paulus läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 54. §. *ult. D. locati* sagt: Servum, qui *aestimatus* colonae adscriptus est, ad *periculum colonae* pertinere, *et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere.* Daß der Pächter hier vermöge der geschehenen Aestimation nur für culpa levissima, sonst aber für keinen Zufall zu haften habe, würde, wenn man diese Erklärung annehmen wollte, offenbar gegen die bekannte Bedeutung des Worts *periculum* streiten, worunter gewöhnlich ein rein zufälliger Schade in den Gesetzen verstanden wird [13]). Daher reden auch die Basiliken [14]) von einem interitu servi, wenn es daselbst heißt: καὶ τελευτῶντος αὐτῷ δίδοσι τὸ τίμημα. i. e. *et si interierit, aestimationem eius praestat*, und der griechische Ausleger Cyrill erklärt diese Stelle ganz richtig, wenn er nach der lateinischen Uebersetzung des Fabrots [15]) sagt: *Fundum tibi locavi cum servis ibi degentibus, quos aestimatos tibi dedi: non solum in his dolum et diligentiam praestas, sed etiam casus fortuitos* (τὰ τυχηρὰ) *agnoscis. Didicisti enim aesti-*

13) S. BRISSONIUS de Verb. Signif. voc. *Periculum.* und diesen Commentar 4. Theil §. 325. S. 367.

14) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. pag. 435.

15) Βασιλικῶν Tom. II. pag. 480.

mationem periculum rem alienam accipientis facere [16]).

2) *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur: *nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit* [17]).

Zur richtigen Erklärung dieser Stelle ist zu bemerken, daß dieselbe keine Einschränkung des unmittelbar Vorhergesagten enthält, wo von dem periculo rei aestimatae die Rede war, sondern vielmehr sich auf denjenigen Satz bezieht, den Ulpian §. 2. aufgestellt hatte, nämlich daß der Commodatar in der Regel für die geringste Nachlässigkeit haftet, wie auch Anton Faber [18]), und Reinhard Bachov [19]) bemerkt haben. Sodann wird hier der Commodatar, wenn er in einer vorhandenen Gefahr, wo er die geliehenen Sachen retten konnte, seine eigenen vorgezogen hat, für schuldig erklärt, den dadurch verursachten Schaden

16) Ausführlich handelt hiervon auch *Christ. Wilh.* WEHRN in Doctrina iuris explicatr. principior. et causar. damni praestandi. §. 33.

17) Fast mit denselben Worten sagt eben dieses Paulus *Receptar. Sententiar.* L. II. Tit. 4. §. 2.

18) Rational in Pand. ad L. 5. §. 3. in fin. D. h. t.

19) Not. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. 24. Th. 3.

den zu ersetzen. Es fragt sich aber, ob dieses unbedingt zu verstehen, und etwa als eine Ausnahme, die nur hier eintritt, anzusehen sey? Die Rechtsgelehrten sind hierüber verschiedener Meinung [20]). Doneau [21]) trägt kein Bedenken, beydes zu bejahen. Accursius hingegen, dem auch Zahn [22]), Lauterbach [23]), Brunnemann [24]) und mehrere andere beystimmen, glaubt, daß jener Satz blos dahin einzuschränken sey, wenn die geliehenen Sachen kostbarer sind, als die eigenen Sachen des Entlehners. Allein Cocceji [25]) giebt dieser Meinung nur insofern Beyfall, als die Rettung der eigenen Sachen des Commodatars dazu geschahe, um den Verleiher wegen seines Verlusts daraus entschädigen zu können. Noch anders unterscheiden Frantzke [26]) und Ziegler [27]). Es soll nämlich darauf zu sehen seyn, zu wessen Vortheil das Commodatum ist eingegangen worden. Wurde nämlich der Contract blos zum Vortheil des Commodatars eingegangen, wie der gewöhnliche Fall ist, so dürfe derselbe seine eigenen Sachen nie den entlehnten vorziehen, weil er hier zu dem möglichsten Fleiß verpflichtet sey. Wurde hingegen das Commodatum bloß zum Vor-

20) Man sehe WEHRN in Doctrina cit. Cap. IV. §. 13.

21) Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 7. pag. 887.

22) Observat. th. pract. ad *Wesenbecium* h. t. nr. VII. pag. 534.

23) Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

24) Commentar. ad Pand. ad L. 5. §. 4. D. h. t.

25) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

26) Commentar. in Pand. h. t. nr. 48—51.

27) Diss. de casu fortuito §. 12. in EIUS *Disceptat. select.* Nr. XV. pag. 511. sq.

Vortheil des Verleihers geschlossen, so trete der gemeine Satz ein, daß ein Jeder sich selbst der nächste sey. Wäre endlich der Contract zum Vortheil beyder Theile eingegangen, so komme es darauf an, welche von beyden Sachen von größerem Werthe sind, die eigenen Sachen des Commodatars, oder die geliehenen Sachen? in dem erstern Falle könne der Commodatar die seinigen mit Recht vorziehen, weil Niemand in einer gemeinschaftlichen Gefahr verbunden sey, einen größern Schaden zu leiden, um einen geringern von dem Andern abzuwenden; in dem letztern hingegen mache sich der Commodatar eines Dolus schuldig, wenn er seine eigenen schlechtern Sachen den entlehnten kostbareren Sachen bey der Rettung vorzieht. Herr Hofrath Schöman [28]) glaubt endlich den Sinn des Ulpians am nächsten zu erreichen, wenn er den von diesem Juristen aufgestellten Satz dahin modificirt, daß der Commodatar in Nothfällen nur nicht sich allein helfen, und das Entlehnte ganz unbedacht lassen solle. Wenn also der Commodatar eben soviel für den Commodanten, als für sich aus einer solchen Gefahr gerettet hat, so könne man nicht von ihm sagen, *suas res praetulit commodatis*, und dann wäre er für nichts gehalten. Nach meiner Ansicht geht man wohl immer den sichersten Weg, wenn man sich an die Worte des Gesetzes hält, und ohne allen Unterschied den Commodatar für schuldig erklärt, den Schaden zu ersetzen, wenn er im Falle einer vorhandenen Gefahr seine Sachen den fremden vorzog, während er die letztern hätte retten können [29]). Denn das Gesetz macht keinen Unterschied.

28) Lehre vom Schadenserfatze 1. Th. S. 194. f.

29) Eben dieses behaupten VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 4.

SCHIL-

schied. Es ist auch dieses nicht etwa als eine Ausnahme anzusehen, die nur beym Commodatum Statt findet. Nein, die Gesetze sagen ganz allgemein, es streite gegen die bona fides, wenn ein Contrahent mehr Fleiß auf seine eigene Sachen, als auf die fremden, verwender, und daher in einem Falle, wo er diese gegen Beschädigung sichern konnte, seine eigene Sachen den fremden vorgezogen hat [30]). Denn er sucht hier Vortheil aus der Unterlassung einer Handlung, zu deren Vornahme er rechtlich verbunden war, es wird also angenommen, daß er wissentlich gegen seine Pflicht gehandelt habe [31]). Es kann daher auch nicht auf den Grad des Fleißes ankommen, zu welchem der Contrahent sonst nach der Natur des eingegangenen Geschäfts verpflichtet ist. Solange es nun möglich gewesen wäre, die geliehenen Sachen zu retten, wenn nicht der Commodatar auch das Seinige zu retten gesucht hätte, kann man noch immer sagen; suas res praetulit commodatis, weil ihn die Gesetze zu einer größern Sorgfalt in Ansehung der geliehenen Sachen

SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXV. §. 11—13. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 5. §. 4. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. WERNHER lectiss. commentat. in Pand. h. t. §. 5. in fin. WEHRN c. l. Egid von Löhr Theorie der Culpa 1. Abschn. S. 27. f. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. membr. II. Subs. III. §. 2. pag. 533. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 254. Nr. V. S. 190. der 3. Ausg.

30) *L. 32. D. depositi. Cap. 2. X. eodem* wo es heißt: Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti.

31) Löhr a. a. O. S. 27.

Sachen verpflichten, als er in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt [32]).

3) *L.* 5. §. 7. *D. h. t.* Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodavero, et de machina ceciderit, periculum meum esse *Iulianus* ait. Sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur. Caeterum si, ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum, minus diligenter non ab ipso ligatae, vel funium, perticarumque vetustate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere.

4) *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit; veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latro-

32) *L.* 3. *D. de periculo et commodo rei vend.* Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est; *ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.*

latronibus et piratis et naufragio diximus, ita ſcilicet accipiemus, ſi in hoc commodata ſit alicui res, ut eam rem peregre ſecum ferat: alioquin ſi cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum ſe diceret, et id peregre ſecum portaverit, ſine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum et naufragii caſum praeſtare debet.

5) *L.* 1. *C. h. t.* Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non ſolent. Sed cum is, qui a te commodari ſibi bovem poſtulabat, hoſtilis incurſionis contemplatione periculum amiſſionis, ac fortunam futuri damni in ſe ſuscepiſſe proponatur: Praeſes provinciae, ſi probaveris, eum indemnitatem tibi promiſiſſe, placitum conventionis implere eum compellet.

Ich habe oben geſagt, daß im Leihcontract eine Sache zu einem beſtimmten Gebrauche gegeben werde. Hieraus folgt,

1) daß der Commodatar die Sache nicht anders gebrauchen dürfe, als es ihm der Contract erlaubt. Ueberſchreitet er hierin die ihm vorgezeichneten Grenzen, ſo begeht er eine unerlaubte Handlung, welche man furtum uſus [33]) nennt, und die zur Folge hat, daß er nun auch für den Zufall ſtehen muß, welcher die Sache bey dieſem con-

33) Ein ſolches furtum uſus begeht der Commodatar auch ſchon dann, wenn er die Sache einem Andern leihet, um ſich dadurch einen Vortheil zu verſchaffen. *L.* 54. §. 1. *D. de furt.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XLVII. Tit. 2. §. 5. und *Aug. Frid.* SCHOTT Diſſ. de furto uſus. *Lipſiae 1775.* §. 12.

contractswidrigen Gebrauch betroffen hat [34]). Justinian sagt §. 6. *I. de obligat, quae ex delicto nascuntur:* Si is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit: veluti, si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. Eben dieses wird auch an einem andern Orte, §. 2. *I. Quib. modis re contrab. oblig.* gesagt, wo es heißt: Sed propter maiorem vim, maioresque casus non tenetur sc. commodatarius, si modo non ipsius culpa is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Es ist jedoch zu bemerken, daß der Commodatar sich nur dann eines furti usus schuldig mache, wenn er wuste, daß er die Sache zu einem Gebrauche anwende, wodurch er die ihm ertheilte Erlaubniß überschreite. Denn glaubte er, daß der Commodant diesen Gebrauch nicht mißbilligen werde, so kann er sich zwar wohl einer Culpa, aber keines Furtums schuldig machen, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

§. 7. *I. de obligationibus, quae ex delicto nasc.* Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur,

34) S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Observat. 268. und WERNHER select. Observat. for. Tom. I, P. IV. Obs. 214. nr. 14. et 15.

tur, quam utendas acceperint, *ita furtum committere, ſi ſe intelligant, id invito domino facere, eumque, ſi intellexiſſet, non permiſſurum:* at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri: optima ſane diſtinctione: quia furtum ſine affectu furandi non committatur.

L. 76. pr. D. de furt. Qui re ſibi commodata, vel apud ſe depoſita, uſus eſt aliter, atque accepit, ſi exiſtimavit, *ſe non invito domino id facere*, furti non tenetur; ſed nec depoſiti ullo modo tenebitur. Commodati an teneatur, *in culpa aeſtimatio erit*, id eſt, an non debuerit exiſtimare, id dominum permiſſurum [35]).

Es concurrirt in dieſem Falle mit der actione commodati die actio furti, oder condictio furtiva [36]).

2) Die

35) Der Sinn dieſer letztern Worte geht dahin, die Entſcheidung der Frage, ob in dieſem Falle die actio commodati Statt finde, hängt davon ab, ob dem Commodatar dabey eine Culpa zur Laſt fällt, z. B. er hatte keinen hinlänglichen Grund zu glauben, daß der Verleiher den von ihm gemachten Gebrauch nicht mißbilligen werde. Beym Depoſitum kann dies nicht in Betrachtung kommen, weil hier nur Dolus präſtirt wird; allein der Commodatar muß für jede Culpa haften. S. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. III. Tit. de furtis. Nr. XII. not. e. et f. pag. 400. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. XLVIII. Th. 5. und BRUNNEMANN in Comment. ad L. 76. pr. D. de furt. pag. 605.

36) *L. 5. §. 8. L. 14. D. h. t. L. 71. pr. D. de furt.* Beſonders merkwürdig iſt *L. 16. D. de condict. furtiva*, wo Pomponius ſagt: Qui furtum admittit vel re commodata (ſc. ultra modum commodato praeſcriptum) vel depoſita utendo, *condictione* quoque *ex furtiva cauſa* obſtringitur, quae differt ab *actione commodati* hoc, *quod etiamſi ſine dolo malo et culpa eius*

2) Die geliehene Sache darf auch nicht zur Unzeit und vor geendigtem Gebrauche zurückgefordert werden. Hierdurch unterscheidet sich das Commodat vom Prekarium, worunter man denjenigen Vertrag versteht, wodurch der unbestimmte Gebrauch einer Sache unentgeldlich und bittweise auf Jemanden übertragen wird [37]). Die auf solche Art verwilligte Sache kann daher von dem Empfänger zu jeder Zeit zurückgefordert werden [38]). Mehrere Differenzen geben Cujaz [39]), Hilliger [40]) und Müller [41]) an, wovon an einem andern Orte [42]) ein Mehreres. Man pflegt jedoch beym Commodatum den Fall auszunehmen, wenn der Commodant wegen eines unvermutheten Vorfalls seiner Sache selbst benöthiget ist. Hier, sagt man, sey er befugt, seine Sache auch vor geendigtem Gebrauche zurückzufordern [43]). Allein diese Ausnahme ist in dem römischen Recht

interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur. S. *Greg.* MAJANSII ad XXX. ICtorum fragmenta Commentar. Tom. I. pag. 470.

37) *L. 1. pr. D. de precario.*

38) *L. 2. §. 2. L. 12. pr. D. eodem. Cap. fin. X. eodem.*

39) Observation. Lib. XXIII. c. 21.

40) Ad *Donellum* Lib. XIV. cap. 34.

41) Ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 2. not. β.

42) Lib. XLIII. Tit. 26.

43) ZOESIUS Comm. ad Pand. nr. 19 et 20. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. und in Eunom. Rom. pag. 536. ECKOLT compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 8. et MÜLLER ad Eundem not. α. LAUTERBACH

Recht nicht gegründet, wie schon Voet [44]), und Johann Wunderlich [45]) hinlänglich gezeigt haben. Das Gegentheil ergiebt sich theils aus der Natur des Contracts, theils aus der ganz entscheidenden *L.* 17. §. 3. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Sicut autem voluntatis et officii magis; quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere, eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, (id est, postquam commodavit) tunc finem praescribere et retro agere, atque *intempestive* usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem: *et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes, actionesque civiles:* ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret; suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset; *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare.* Igitur si pugillares mihi commodasti, *ut debitor mihi caveret*, non recte facies *importune* repetendo: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam

BACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 5. Not. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und unter den neuern WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membro II. Subs. III. §. 1. pag. 532. und Dabelow im Handbuch des heutigen Privatrechts 2. Th. §. 1214.

44) Comment. ad Pand. h. t. §. 9.

45) Commentat. de Pugillaribus. *Ienae 1756.* §. 9—12.

tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: *adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet.* Ex quibus causis etiam *contrarium iudicium* utile esse dicendum est. Man wendet zwar dagegen ein, daß nach *L.* 3. *C. de locato* der Vermiether die Sache wegen eines unvermutheten Bedürfnisses vor geendigter Miethzeit zurückfordern könne. Allein diese Analogie ist nicht passend, weil der Conductor, wenn er die gemiethete Sache vor Ablauf der Miethzeit zurückgeben muß, einen verhältnißmäßigen Abzug am Miethgelde macht, und dann für sein Geld immer wieder eine andere Miethe erhalten kann. Er leidet also keinen so großen Schaden, als der Commodatar, welcher den Gebrauch der Sache unentgeldlich erhalten hat. Hierzu kommt, daß die gedachte Vorschrift in Ansehung des Miethcontracts schon an sich eine singuläre ist, welche von den allgemeinen Rechtsprincipien abweicht, wie Weber [46]) sehr gründlich bemerkt hat. Gesetzt also auch, die Analogie wäre passend, so würde dennoch die Ausdehnung unzuläßig seyn, weil solche besondere Anordnungen des Civilrechts als Ausnahmen von der Regel zu behandeln sind, welche nicht ausdehnend erklärt werden dürfen. Mit Recht haben daher auch unter den neuern Rechtsgelehrten, Höpfner [47]) und Malblank [48]) jene gemeine Meinung der ältern verlassen.

§. 856.

46) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90. S. 388. der 4. Aufl.

47) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 772. Not. 1.

48) Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. P. II. §. 496. pag. 348.

§. 856.

Das Commodat ist ein contractus gratuitus.

Es gehört ferner zu den wesentlichen Bestimmungen des Leihcontracts, daß die Ueberlassung des Gebrauchs unentgeldlich, d. i. ohne einen versprochenen Lohn geschehe [49]). Denn wird dafür Etwas bedungen, so ist das Geschäft kein Commodat, sondern entweder ein Miethcontract, wenn für den Gebrauch der Sache ein Lohn in Gelde versprochen wird, oder ein unbenannter Contract (*contractus innominatus do ut des*) wenn etwas anders dagegen zu geben festgesetzt worden ist. Justinian hebt diese wesentliche Bestimmung des Leihcontracts vorzüglich aus, wenn er §. 2. *I. Quibus modis re contrab. obligat.* sagt: Commodata autem res tunc *proprie* intelligitur, *si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est*: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. *Gratuitum enim debet esse commodatum.* Eben dieses bestärkt Ulpian *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* Si merces intervenit, vel *in factum*, vel *ex locato conducto* agendum erit. Wird Etwas nach geendigtem Gebrauche blos aus Erkenntlichkeit gegeben, dergleichen Belohnung man honorarium [50]) zu nennen pflegt; so wird dadurch das Wesen des Contracts nicht geändert, wenn solches auch versprochen worden wäre [51]).

49) In HUFELANDS Lehrbuche des Civilrechts I. B. §. 554. ist diese Bestimmung übersehen worden.

50) *L. 1. pr. D. Si mensor falsi mod. dix.* Zuweilen auch *honor*, wie *L. 6. pr. D. mandati*, und bey SENECA Lib. I. Controv. 8.

51) S. *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de honorario eiusque

§. 857.

Gegenstand des Commodats. Verbindlichkeiten des Commodatars.

Der Gegenstand dieses Contracts können alle Sachen seyn, welche zu einem solchen Gebrauche geliehen werden, wobey sie nach Beendigung desselben in Natur restituirt werden können; sie mögen bewegliche oder unbewegliche seyn. Z. B. ich leihe Jemandem den Boden meines Hauses, um seine Wäsche darauf zu trocknen. Selbst unkörperliche Sachen sind nicht ausgeschlossen, z. B. Ausübung einer Servitut. Die alten römischen Rechtsgelehrten waren zwar hierüber, wie Ulpian *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* erzählt, verschiedener Meinung. Labeo glaubte, daß nur bewegliche Sachen ein Gegenstand des Leihcontracts seyn könnten. Cassius hingegen lehrte, daß auch bey unbeweglichen Sachen ein Commodat statt finde. Die letztere Meinung erhielt jedoch mit Recht den Vorzug [52]). Vivian ging sogar soweit, daß er behauptete, auch die Habitation, welche doch als Servitut eine unkörperliche Sache ist, könne einem Andern als ein Commodat überlassen werden. Ulpian verwirft zwar diese Meinung nicht, glaubt aber doch, es sey hier sicherer, statt der actio commodati, sich der *actio praescriptis verbis* zu bedienen. Es sind hier folgende zwey Stellen Ulpians merkwürdig, welche beyde aus desselben

que a mercede discrimine. *Chilonii 1775.* §. 8. Der Commodatar wird auch dadurch nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den von ihm zugefügten Schaden zu ersetzen. S. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. An honorarii datio in contractibus gratiosis liberet a damno dato restituendo? *Lipsiae 1772.* §. 3. et 4.

52) Ein Beyspiel von einem commodato aedium kommt bey JUVENAL. *Satyr. VII. v.* 40. vor.

ſelben *Lib.* 28. *ad Edictum* genommen, und daher mit einander zu verbinden ſind.

1) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt: Inter *commodatum* autem, et *utendum datum* LABEO quidem ait, tantum intereſſe, quantum inter genus et ſpeciem: *commodari enim rem mobilem, non etiam ſoli*; utendam dari etiam rem ſoli. *Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae ſoli eſt*; idque et CASSIUS exiſtimat: VIVIANUS amplius etiam *habitationem* commodari poſſe ait.

2) *L.* 17. *pr. D. de praeſcript. verbis.* Si gratuitam tibi habitationem dedero, an *commodati* agere poſſim? et VIVIANUS ait, poſſe. *Sed eſt tutius, praeſcriptis verbis agere.*

Ueber den eigentlichen Sinn dieſer letztern Stelle ſind jedoch die Ausleger nicht einverſtanden. Voet [53]) meint, es ſey hier nicht von einem commodato iam conſtitutae habitationis, ſondern von einer habitatione per commodatum conſtituenda die Frage, weil Ulpian an einem andern Orte [54]) lehre, daß man die Habitation, die man ſelbſt nur als eine Servitut ausübt, keinem Andern ſchenkungsweiſe überlaſſen, ſondern nur verpachten könne. Dahingegen könne eine Servitut ſo gut durch ein Commodat, wie durch ein Legat, conſtituirt werden. Bey der Habitation habe dieſes vollends keinen Zweifel, da Papinian und Scävola dieſes ausdrücklich beſtätigten, wie aus folgenden Stellen erhelle.

53) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. und Lib. VII. Tit. 8. §. 6.

54) *L.* 10. *pr. D. de uſu et habitat.*

L. 27. *D. de donat.* Aquilius Regulus iuvenis ad Nicoſtratum Rhetorem ita ſcripſit: *Quoniam et cum patre meo ſemper fuiſti, et me eloquentia, et diligentia tua meliorem reddidiſti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti.* Defuncto Regulo, controverſiam habitationis patiebatur Nicoſtratus: et cum de ea re mecum contuliſſet, dixi poſſe defendi, non meram donationem eſſe, verum officium magiſtri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem ſequentis temporis irritam eſſe: quod ſi expulſus Nicoſtratus veniat ad iudicem, ad exemplum Interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quaſi loco poſſeſſoris conſtitutus, qui uſum coenaculi accepit.

L. 32. *D. eodem.* Lucius Titius epiſtolam talem miſit: *Ille illi ſalutem. Hoſpitio illo, quamdiu volueris, utaris, ſuperioribus diaetis omnibus gratuito: idque te ex voluntate mea facere, hac epiſtola notum tibi facio.* Quaero an heredes eius habitationem prohibere poſſunt? Reſpondit, ſecundum ea, quae proponerentur, heredes eius poſſe mutare voluntatem.

Er fügt auch noch den Grund hinzu, daß nach der Meinung des Pomponius *L.* 3. *et L.* 15. § 2. *D. de precario* ſogar Prädial-Servituten durch ein Prekarium conſtituirt werden könnten. Warum alſo nicht auch durch ein Commodatum? da Ulpian *L.* 1. §. 3. *D. eodem* ſelbſt ſage, das Prekarium habe eine Aehnlichkeit mit dem Commodatum. Ganz mit Voet ſtimmt auch Juſtus Meier [55]) überein. Franz Duaren [56]) hingegen verſteht die Stelle Ulpians richtiger

55) Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 6.

56) Commentar. ad h. Tit. cap. 2. *Oper.* pag. 952.

ger so, daß derjenige, welcher die Habitation, d. i. das ius habitandi in aliqua domo, als eine Servitut hat, auch einem Andern erlauben könne, auf eine bestimmte Zeit in diesem Hause zu wohnen, dieß heiße hier commodare habitationem. Anton Faber [57]) ist gleicher Meinung. Er wendet insonderheit gegen jene erstere Erklärung ein, daß die Bestellung einer Servitut durch ein Commodat ganz der Natur dieses Contracts widerstreite, indem vermöge derselben die geliehene Sache nach geendigtem Gebrauche in Natur restituirt werden müsse, welches bey der Bestellung einer Servitut nicht möglich sey, weil sie vor der Bestellung nicht existirte, und nach Endigung der Concession wieder erlischt. Ein Prekarium lasse sich hier eher gedenken, denn dieses erfordere weiter nichts, als das Bitten oder Nachsuchen von Seiten des Empfängers, und die Ausübung einer Freygebigkeit von Seiten des Verwilligenden, die so lange dauert, bis es demselben solche zu wiederrufen beliebt. Quid vero interest, sagt dieser Jurist, quantum ad liberalitatem exercendam pertinet, an concedam tibi, uti ea re, quae iam antea fuerit mea, an eo iure, quod nec meum adhuc fuerit nec tuum? et quod revocata liberalitate nec tuum, nec meum futurum sit. Sufficit vero ad constituendum precarium, ut utilitatem aliquam et commodum adferre possit accipienti, sive usus, sive possessionis alicuius: nec aliud quidquam exigitur, in quo manifeste differt a commodato. Johann Jacob Wissenbach [58]), nimmt zwar dennoch die erste Meinung wieder in Schutz, und sucht das Argument

57) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVII. Err. 7.

58) Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XXVII. Th. 9.

ment des Fabers dadurch zu entkräften, daß er beym commodato servitutum eine fingirte Restitution annimmt, so wie bey unkörperlichen Sachen eine Quasi-Tradition Statt findet. Er sagt nämlich: Si finito tempore commodati alter contra bonam fidem uti pergat, agendum erit, ut desinat uti, quod dum facit, et ex causa forte desuper cavet, censetur restituere. Allein wie wenig sich die Idee von einer restitutio ficta mit der Natur des Leihcontracts vertrage, leuchtet in die Augen. Bachov [59]) und Horomann [60]) nehmen keine von beyden Erklärungen an, sondern läugnen geradezu, daß Ulpian von dem Commodat einer unkörperlichen Sache rede. Nach ihrer Erklärung soll das Wort *habitatio* hier kein Recht andeuten, sondern darunter ein Haus zu verstehen seyn. Allein nach dieser Ansicht wäre ja das Commodat der Habitation von einem commodato rei immobilis nicht unterschieden. Von unbeweglichen Sachen war aber schon vorher die Rede. Die Worte: *amplius etiam habitationem commodari posse*, beweisen vielmehr, wie auch schon Anton Schulting [61]) ganz richtig erinnert hat, daß Ulpian von einem Gegenstande handeln wollte, der noch mehrerem Zweifel, als das Commodat unbeweglicher Sachen, unterworfen war. Hieronymus von Oroz [62]) glaubt endlich, Ulpian habe Bedenken getragen, die Meinung des Vivianus zu unterschreiben. Er läugnet daher, daß unkörperliche

59) Not. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIV. Th. I. Lit. D.

60) Observation. lib. III. cap. 23. pag. 63. (*Basiliae 1574.* 8.)

61) Thes. controversar. Decad. XLVIII. Th. 1.

62) De apicibus iuris civ. (*Lugd. 1661.* f.) Lib. III. cap. 7. nr. 8. pag. 227.

liche Sachen ein Gegenstand des Leihcontracts seyn könnten. Die unentgeldliche Einräumung der Habitation sey zwar eine Donation, aber kein Commodatum. Dieß lehre auch **Pomponius** *L. 9. pr. D. de donat.* wo er sagt: In aedibus alienis habitare gratis, *donatio* videtur: id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. Allein auch diese Meinung entspricht dem Geist des Gesetzes nicht. Der Ausdruck *tutius est*, zeigt zwar allerdings an, daß unter den römischen Rechtsgelehrten darüber Zweifel entstanden sey. Allein daß **Ulpian** die Meinung des **Vivianus** schlechterdings verworfen habe, folgt daraus nicht. Es sagt vielmehr **Wissenbach** [63]) sehr gründlich: Hoc in more fuit positum priscis ICtis, ut ubi aliqua vel levis dubitatio esset, an competeret actio ordinaria, simul proponerent *actionem praescriptis verbis.* Itaque fateor hoc, quod solum probat *d. L.* 17. dubitasse quosdam, an commodatum esset etiam rerum incorporalium: atquin fuisse etiam, qui hoc affirmarent, apertissimum est ex *d. L.* 1. §. 1. *in fin. D. Commodati.* Et *Ulpianus* in *d. L.* 17. ita proponit *actionem praescriptis verbis*, ut non neget actionem commodati. Qui enim dicit, *tutius esse praescriptis verbis agi*, utique *commodati agi posse* fatetur et concedit [64]). Unter allen Erklärungen über die *L.* 17.

63) Cit. loc.

64) In den Basilicis Tom. II. Lib. XX. Tit. 4. Const. 17. pr. pag. 506. wird die actio commodati ausdrücklich erwähnt. Es heißt nämlich daselbst: Ἐὰν παράσχω σοι δῶρον οἴκησιν, ἔχω τὴν ἐπὶ τοῖς κεχρημένοις ἀγωγην; ἀσφαλέσερον δὲ τὴν περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφῶνων ἀγωγην κινεῖν. i. e. Si gratuitam

L. 17. bleibt also wohl die des Duarens, welcher auch Faber beystimmt, die richtigste. Es steht auch derselben die von Voet angeführte *L.* 10. *pr. D. de usu et habitat.* nicht entgegen. Denn Anton Faber [65]) hat ganz richtig darauf geantwortet, daß zwischen einem Commodat, von welchem hier die Rede ist, und einer Schenkung, von welcher die *L.* 10. *cit.* redet, ein Unterschied sey, welcher darin besteht, quod commodatum, wie seine Worte lauten, semper certo usu certoque tempore concluditur, non etiam donatio: quamvis extra hanc differentiam proxime accedat commodatum ad donationem, quia uterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiscitur, cum gratuitum, ut diximus, commodatum esse debeat. Die übrigen Gesetze reden aber nicht einmal von der Servitut der Habitation, sondern von einer blossen Erlaubniß in einem fremden Hause unentgeldlich zu wohnen, welche man einem Andern schenkungsweise ertheilt; und die Frage war hauptsächlich die, ob eine solche Concession nach der Lex Cincia bestehen könne, wodurch ehemals bey Schenkungen ein gewisser modus war festgesetzt worden, wie Cujaz [66]), Connanus [67]), Balduin [68]), Gi-

tuitam tibi habitationem dedero, commodati actionem habeo. Sed est tutius, praescriptis verbis agere.

65) Rational. in Pand. ad L. 1. §. 1. D. h. t. not. a.

66) Lib. XVII. Observation. cap. 33. und Lib. XXI. cap. 37.

67) Commentar. iur. civ. Lib. V. cap. 9. nr. 6.

68) Disputat. duae de iure civ. ex Papiniano. Disputat. I. ad L. 5. D. de Transact. pag. 326. (edit. *Gundling.* Halae 1730. 8.)

Giphan [69]), Schulting [70] und Brummer [71]) gezeigt haben.

Auch fremde Sachen können als ein Commodat gegeben werden, so daß der Vertrag unter den Contrahenten gültig ist, wenn auch beyde Theile darum wissen [72]). Paulus sagt ausdrücklich *L.* 15. *D. Commod.* Commodare possumus etiam *alienam rem*, quam possidemus: *tametsi scientes alienam possidemus.* Sogar einem Diebe, der einem Andern die gestohlne Sache geliehen hat, steht die actio commodati zu, und es kann ihm die Zurückgabe aus dem Grunde, weil der Commodant nicht der rechtmäßige Eigenthümer sey, nicht verweigert werden, wie Marcellus *L.* 16. *D. h. t.* lehrt, wo er sagt: Ita ut, etsi *fur* vel *praedo* commodaverit, habeat *commodati actionem.* Der Dieb kann zwar freylich aus seiner unerlaubten Handlung keine Klage erlangen [73]). Allein er klagt auch hier nicht als Dieb, sondern als Commodant. Man unterscheide also die Handlung des Diebstahls von dem Commodat. Letzteres ist erlaubt, und giebt auch dem Diebe eine Klage, mit welcher er um so mehr auf Restitution der Sache dringen kann, weil er dem Eigenthümer dafür haf-

69) Lecturae Altorphin. ad L. 9. L. 27. et 32. D. de donationlb.

70) Thes. controvers. Decad. XLVIII. Th. 2.

71) Commentar. ad Legem Cinciam Cap. XII. in *Opuscul.* a Ge. BEYERO edit. *Lipsiae 1716.* 8. pag. 188.

72) Quia ex contractu persona obligatur, non res; sagt *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Man sehe auch LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 7. und VOET in Comm. h. t. §. 1.

73) *L.* 12. §. 1. *D. de furtis.*

ret [74]). Sollten sich jedoch der Eigenthümer und Dieb zugleich melden, so kommt es darauf an, ob das Eigenthumsrecht des erstern, und der Dolus des letztern sogleich klar ist, oder noch auf einer weitern Erörterung beruhet. In jenem Falle geht nach der Billigkeit des Civilrechts der Eigenthümer dem Verleiher vor [75]). In diesem Falle hingegen muß die Sache dem Commodanten restituirt werden, und dem angeblichen Eigenthümer bleibt vorbehalten, seine Ansprüche gegen jenen auszuführen [76]). Denn eine liquide Forderung darf durch eine illiquide Intervention eines Dritten nicht aufgehalten werden, wofern nur diesem kein unersetzlicher Schade aus der Execution entsteht [77]).

Daß auch fungible Sachen verliehen werden können, insofern es möglich ist, solche ohne Verzehrung oder Veräusserung zu dem verabredeten Gebrauche zu benutzen, z. B. Geld bloß zur Eitelkeit und Prahlerey, ist schon oben bemerkt worden. Ausser diesem Falle findet freylich bey fungiblen Sachen, als solchen, die durch den Gebrauch, wozu sie vernünftiger Weise bestimmt sind, aufgezehrt werden, oder von denen ein Gebrauch ohne Veräusserung nicht möglich ist, kein Commodat Statt [78]). Hierher sind aber keines-

weges

74) CUJACIUS ad *Pauli* lib. XXIX. ad Edictum ad L. 15. D. h. t. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XLVIII. Th. 4.

75) *Arg. L. 31. §. 1. D. Depositi.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

76) *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 11. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 9.

77) S. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 2. not. x. pag. 236. und dieses Commentars 6. Th. §. 531. S. 479.

78) *L. 3. §. 6. D. h. t.*

weges Kleider zu rechnen, denn daß dieselben ein Gegenstand dieses Contracts seyn können, leidet keinen Zweifel [79]). Endlich ist noch zu bemerken, daß auch kirchliche Sachen verlehnt werden können. Sind sie jedoch zum gottesdienstlichen Gebrauche bestimmt, so können sie nicht anders, als zu gleichem Gebrauche, einer andern Kirche verliehen werden [80]).

Die Verbindlichkeiten des Commodatars bestehen darin.

1) Er ist verpflichtet, nach geendigtem Gebrauche, die entlehnte Sache redlicher Weise zu restituiren, und darf sich der Rückgabe derselben unter keinem Vorwande weigern. Die Restitution muß aber

a) in Natur geschehen [81]), wenn gleich die Sache geschätzt worden ist, wofern nicht etwa eine Schätzung des Verkaufs wegen geschehen wäre [82]). Hier kann und muß der Werth der Sache ersetzt werden [83]). Jedoch wird eine solche Schätzung bey Contracten, wodurch das Eigenthum nicht übertragen wird, im Zweifel nicht vermuthet [84]).

b) Die

79) *L. 5. §. 8. D. h. t.* ZIEGLER Diss. de commodato. Th. 66. et 67.

80) *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 332. *Maur.* SCHENKL Institut. iur. eccles. P. II. §. 724. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 144. und *Phil.* HEDDERICH Elem. iuris canon. P. III. §. 79.

81) *L. 2. pr. D. de reb. credit.*

82) ZIEGLER cit. Diss. Th. 81—85.

83) *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 5. §. 3. D. h. t.

84) REINHARD Comm. de commodato §. 17. und STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

b) Die Sache muß unverdorben wieder zurückgegeben werden. Ulpian sagt *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, *non videbitur reddita, nisi, quod interest, praestetur.* Proprie enim dicitur *res non reddita*, quae deterior redditur. Ist die Sache durch die Schuld des Commodatars beschädiget worden, so ist er dafür verantwortlich [85]); und zwar kommt es darauf an, ob die Sache so verdorben ist, daß sie nun für den Commodanten keinen Werth mehr hat, oder ob sie doch noch von ihm gebraucht werden kann. Im ersten Falle muß der Commodatar den Werth der ganzen Sache ersetzen, und der Commodant braucht es sich nicht gefallen zu lassen, wenn ihm der Commodatar die verdorbene Sache, oder auch eine andere Sache von gleicher Art dafür geben wollte [86]). In dem letzteren Falle hingegen handelt der Commodatar seiner Pflicht nicht zuwider, wenn er die Sache in Natur zurückgiebt, und überdem den daran zugefügten Schaden in Gelde ersetzt [87]). Auf keinen Fall kann jedoch aus der Zurücknahme der beschädigten Sache, wenn auch gleich der Commodant wußte, daß sie deteriorirt sey, vermuthet oder gefolgert werden, daß der Commodant auf die Schadloshaltung habe Verzicht leisten wollen [88]).

c) Die

85) *L.* 10. *pr. L. ult. D. h. t.*

86) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

87) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIV. Th. 2. Lit. F. BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 6. SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVIII. Th. 9. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XIX. Th. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. und ZIEGLER Diss. de commodato Th. 129—131.

88) Anderer Meinung ist zwar VOET in Comm. h. t. §. 7. Allein man sehe *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

c) Die Sache muß mit allen, dem Commodatar nicht gebührenden Accessionen und Früchten restituirt werden; z. B. das Mutterpferd mit dem Füllen, es sey entweder schon vor dem Commodat, oder erst während demselben geboren worden [89]). In Ansehung der Früchte kommt es darauf an, ob sich nach der Intention der Contrahenten ohne den Fruchtgenuß sonst kein Gebrauch von der gelichenen Sache machen ließ, oder der verstattete Gebrauch ohne jenen möglich, und von demselben ganz abgesondert war. In jenem Falle genießt der Commodatar während des Contracts die Früchte, jedoch muß er die Sache in dem statu fructifero zurückgeben, in welchem er sie empfieng [90]). Im letztern Falle hingegen muß der Commodatar die Früchte dem Commodanten restituiren [91]). Hieraus läßt sich nun erklären, wenn Paulus *L.* 38. §. 10. *D. de Usuris* sagt: Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet: videamus *de fructibus.* Et quidem in depositо et *commodato fructus quoque praestandi sunt.* Auch der Gewinn, den der Commodatar aus der Sache gezogen hat, ohne daß ihm die Sache zu dem Zweck war gelichen worden, muß dem Commodanten herausgegeben werden. Z. B. der Miethzins, wenn etwa der Commodatar die Sache vermiethet

89 *L.* 5. §. 9. *D. h. t. L.* 14. §. 15. *D. de furtis.* *Hugo* DONELLUS in Comm. ad Tit. Cod. de Commodato nr. 19.

90) S. *Io.* IENSII Stricturas ad Romani iuris Pandectas et Codicem ad L. 38. §. 10. D. de Usur. pag. 165. sq. (*Lugd. Batav. 1764.*) und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 777. Not. 1.

91) DONELLUS c. l. nr. 19. pag. 128. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIX. Th. 7. not. γ. FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 32.

thet hätte. Pomponius bestätigt dieses *L.* 13. §. 1. *h. t.* durch folgendes Beyspiel: Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum praestabit *ei*, qui experiundum dedit, neque enim ante eam rem quaestui *cuiquam* esse oportet, priusquam periculo eius sit [92]). Der Fall, den hier Pomponius entscheidet, ist, wie Gerhard Noodt [93]) ihn darstellt, folgender. Der Verkäufer leihet demjenigen, welcher ihm Zugvieh abkaufen wollte, dasselbe noch vor abgeschlossenem Kaufe zur reiflichern Ueberlegung auf die Probe. Dieser vermiethet aber das Vieh an Andere. Es fragt sich also, wem der Miethzinß gebühre? Pomponius entscheidet ganz richtig für denjenigen, der das Vieh auf die Probe gegeben hatte. Der Empfänger kann darauf keinen Anspruch machen, weil der Kauf noch nicht abgeschlossen war. Denn es kann eher von keinem Gewinn des Käufers die Rede seyn, als bis auch die Gefahr der Sache auf ihn übergegangen ist. An sich ist dieß zwar außer Zweifel. Nur wegen der anzustellenden Klage meinte Labeo [94]) in einem ähnlichen Falle, daß auch die *actio praescriptis verbis* Statt finde, obwohl nach der Beschaffenheit des Titels, in welchem das Fragment des Pomponius erscheint, nicht zu bezweifeln ist, daß die *actio commodati* zuständig sey. Streitiger hingegen war die Frage, wenn dem Commodatar die geliehene Sache war gestohlen wor-

92) Ich bin hier der richtigeren Leseart des Baudoza und Haloanders gefolgt, welche auch *Io.* IENSIUS in Strictur. ad iuris Rom. Pand. et Cod. ad h. L. pag. 106. sq. der florentinischen vorzieht, in welcher nach praestabit das Wort *ei* fehlt, und nach quaestui statt cuiquam *cuique* gelesen wird.

93) De foenore et usuris Lib. I. cap. 8. *Operum* Tom. I. p. 191.

94) *L.* 20. *D. de praescript. verbis.*

worden, und dieser mittelst der actio furti, mit welcher er dem Eigenthümer zuvorgekommen war, die Geldstrafe von dem Diebe erhalten hatte, ob er auch diese dem Commodanten herauszugeben schuldig sey? Die alten röm. Rechtsgelehrten waren hierüber verschiedener Meinung, und selbst Papinian war hierin mit sich selbst nicht einig. Erst Justinian entschied diese Streitfrage dahin, daß im bemerkten Falle der Gewinn der Strafe nicht dem Eigenthümer gebühre, sondern dem Commodatar, weil er für die Gefahr der Sache stehen mußte, und solche dem Eigenthümer hätte ersetzen müssen, wenn auch der Dieb nicht wäre entdeckt worden. Es heißt nämlich in der *L. ult.* §. 3. *Cod. de furtis.* Sed cum in secundam dubitationem incidebant, quid statuendum sit, si quis rem commodatam habuerit, quam aliquis furto subtraxerit, et lite pulsatus condemnationem passus fuerit, non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti: et postea dominus rei venerit, omnem condemnationem accipere desiderans, utpote ex suae rei occasione orta: alia dubitatio incidit Veteribus, utrumne rem tantum suam, vel eius aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem? Et licet ab antiquis variatum est, et ab ipso *Papiniano* in contrarias declinante sententias: tamen nobis hoc decidentibus, *Papinianus*, licet variaverit [95]), eligendus est, non in prima, sed in secun-

95) In den Pandecten findet man über diese verschiedenen Meinungen des Papinians keine deutlichen Stellen. *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustin. Nr. XIII. ad §. 3. L. ult. C. de furt. *Oper.* P. II. pag. 36. glaubt indessen in den Pandecten Spuren dieser Papinianischen Variation hin und wieder entdeckt zu haben. Man sehe auch *Fr.* BALDUINI Iustinianus Lib. II. pag. 141. sqq. (edit. 1596. 8.)

da eius definitione, in qua lucrum ſtatuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur: ne ſit damno tantum deditus, qui rem commodatam accepit, ſed liceat ei etiam lucrum ſperare.

d) Die Zurückgabe darf auch unter keinerley Vorwand aufgehalten werden. Z. B. nicht unter dem Vorwand einer Schuld, welche mit dem Commodat in keiner Verbindung ſteht. *L. ult. C. h. t.* ſagt: Praetextu debiti reſtitutio commodati [96]) non probabiliter recuſatur. Wegen connexer Forderungen hingegen kann der Commodatar die Sache allerdings retiniren; z. B. der Commodatar hat Koſten auf die entlehnte Sache verwendet, welche ihm vergütet werden müſſen. Daher ſagt **Paulus** *L.* 15. §. 2. *D de furt.* Si ob aliquas impenſas, quas in rem commodatam feciſti, *retentionem eius habueris:* etiam cum ipſo domino, ſi eam ſubripiat, habebis furti actionem: *quia eo caſu quaſi pignoris loco ea res fuit.* Eben dieſes beſtärkt auch **Julian** *L.* 59. *D. eodem.* Dieſe Verordnungen ſind nicht durch jene *L. ult. C. h. t.* aufgehoben worden. Denn dieſes Geſetz iſt blos ein Reſcript der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian.** In ſolchen Reſcripten pflegten aber die römiſchen Kaiſer kein älteres Recht abzuändern, ſondern nach dem gemeinen Recht zu ſprechen und zu entſcheiden. Die *L. ult. C. h. t.* kann daher nur von einem debito non connexo verſtanden werden, weil es ein bekannter Grundſatz

96) Die Critik des **Cujaz**, welcher Lib. IX. Obſervat. cap. 37. ſtatt commodati vielmehr *commendati* leſen, und das Geſetz blos vom depoſito erklären will, hat ſchon längſt *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. II. cap. 4. in *Theſ. iur. Rom. Ottoniano* Tom. II. pag. 62. widerlegt.

satz ist, daß wegen connexer Forderungen das Retentionsrecht ausgeübt werden kann [97]). Der Commodatar kann auch dem Verleiher in der Regel die Einrede der Compensation nicht entgegensetzen [98]). Es tritt hier der Grund ein, daß eine Species mit einem Genus nicht compensirt werden kann. Eine Ausnahme findet jedoch in dem Falle Statt, wenn der Verleiher mit der actio commodati directa nicht die Sache selbst, sondern ihren Werth verfolgt. Dies geschieht z. B. wenn die Sache durch die Schuld des Commodatars zu Grunde gegangen ist, oder wenn sie venditionis causa war geschätzt worden. Denn da hier der Commodatar nicht eine individuelle Sache, sondern eine Quantität schuldig ist, so steht der Compensation nichts im Wege, wenn der Commodant seiner Seits auch eine Quantität schuldig ist [99]). Endlich kann sich auch der Commo-

97) Anderer Meinung sind zwar *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1877. Allein man sehe *Arn.* VINNII Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 51. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVIII. Th. 10. *Hug.* DONELLI Comment. ad L. ult. Cod. h. t. nr. 6. *Ev.* OTTONIS Comm. ad §. 30. I. de action. nr. 5. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de iure retentionis eiusque effectu. §. 13. (in EIUS *Elect. iur. civ.* Tom. II. Exerc. XIII. pag 636.) THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. §. 38. S. 162. der 2. Aufl. und *Christ. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1020.

98) *Car. Frid.* WALCHII Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. II. Subsect. III. §. 6. *Frid. Wilh.* TRENDELENBURG Commentat. de compensatione commodati. *Goettingae 1850.* und IESTER Diss. de compensatione circa rem commodatam instituenda. *Regiom. 1752.*

99) *L. 18. §. ult. D. h. t.* Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur,

datar der Einrede des Eigenthums, daß ihm nämlich die Sache, welche der Verleiher vermöge des Contracts zurückfordert, eigen gehöre, nicht mit dem Erfolge bedienen, daß diese Einrede erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde [100]). Denn ist der Contract an sich erwiesen, oder von dem Commodatar zugestanden, so besitzt derselbe die Sache vermöge des Contracts unstreitig auf fremden Namen, und muß also auch die Folgen dieses Besitzes nach dem Contract gegen sich gelten lassen. Wollte man das Gegentheil behaupten, so könnte der Contract leicht zur Begünstigung unlauterer Absichten gemißbraucht werden. Derjenige, welcher eine Sache in Anspruch zu nehmen willens ist, dürfte sie nur von dem bisherigen Inhaber derselben leihen, und sich dann, wenn sie zurückgefordert wird, für den Eigenthümer ausgeben.

Könn-

tur, potest salvum habere iure pensationis. In Beziehung auf dieses Gesetz behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten, daß die Compensation nur wegen der Unkosten, die der Commodatar hatte, Statt finde, als *Guil.* FORNERIUS Select. Lib. II. cap. 14. *Iul.* PACIUS *Εναντιοφαν.* Cent. IV. Qu. 44. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Pand. h. t. §. 30. Allein nach §. *30. I. de act.* und *L. fin. pr. et §. 1. Cod. de compensat.* ist vielmehr anzunehmen, daß es gleichviel sey, ob die Quantität, welche der Verleiher dem Commodatar schuldig ist, aus dem Commodat herrühre, oder ob sie ein anderes Fundament habe. S. DONELLI Comm. ad §. 30. I. de action. n. 10. VINNIUS in Comm. ad eund. §. I. nr. 3. ZOESII Commentar. ad Pand. h. t. nr. 22. et 23. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. III. Tract. III. P. III. Qu. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 18. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIX. Th. 12.

100) S. Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück. Nr. 14. S. 85. ff.

Könnte sich nun der Beklagte mit der Einrede des Eigenthums zu dem Zweck schützen, daß bis nach geschehener Erörterung derselben die Zurückgabe der Sache ausgesetzt bleibe, so würde derselbe nach Gefallen den bisherigen Inhaber um die Vortheile des Besitzes im Laufe des Processes zu bringen wissen. Ein Anders wäre freylich, wenn die vorgeschützte Einrede des Eigenthums von dem Commodatar sogleich klar erwiesen werden könnte. Hier kann der Beklagte die Zurückgabe der Sache mittelst dieser Einrede mit Recht verweigern. Leyser [1]) ist zwar anderer Meinung. Er glaubt nämlich, daß der Commodatar mit der Einrede des ihm zustehenden Eigenthums nicht zu hören sey, wenn er auch sein Recht in continenti zu beweisen bereit wäre. Sein Grund ist, weil sich der Commodatar durch Verweigerung der Zurückgabe eines Spoliums schuldig mache [2]). Es trete also hier die bekannte Rechtsregel ein, spoliatus ante omnia est restituendus. Allein dieser Meinung stehen folgende Gründe entgegen. Ist die Einrede des Eigenthums auf der Stelle klar, so war nach *L.* 45. *D. de div. reg. iuris* das Commodatum ungültig. Es würde also eine offenbare Chikane seyn, welche die Gesetze dem Dolus gleichachten, wenn der Commodant, des Gegenseits klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache bestehen wollte, die er

1) Meditat. ad Pand. Vol III. Specim. CLIII. medit. 2.

2) *L.* 20. *D. de acquir. vel amitt. poss.* Allein in diesem Gesetz ist davon die Rede, ob der Commodant dadurch, daß sich der Commodatar die Sache anmaßt, den Besitz verliere? Ein solcher Verlust kann auch durch unrechtmäßige Handlungen Anderer, besonders auch der natürlichen Inhaber der Sache, bewirkt werden. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Commodatar als Civilbesitzer auftreten, und seine eigenmächtige Anmaßung als rechtlichen Erwerb des Besitzes geltend machen könne.

doch sofort dem Commodatar wieder restituiren müßte. Dolo facit, qui petit, quod redditurus est, sagt Paulus *L.* 8. *pr. D. de doli mali et metus except.* womit auch Pabst Bonifacius *VIII. cap.* 59. *de reg. iur. in* 6*to.* übereinstimmt. Wie kann sich also hier der Commodatar eines Spoliums schuldig machen, wenn er die Zurückgabe der Sache verweigert, wovon ihn die Gesetze selbst freysprechen?

2) Der Commodatar ist verpflichtet, nicht nur beym Gebrauche der geliehenen Sache, in Ansehung seiner dabey vorzunehmenden Handlungen, alle Verschuldungen möglichst zu vermeiden, sondern auch auf die Erhaltung der Sache selbst sowohl, die den Gegenstand des Contracts ausmacht, als auch desjenigen, was zu dieser Sache gehört, die größte Sorgfalt anzuwenden, so daß er auch beym Retten, im Fall einer vorhandenen Gefahr, seine eigenen Sachen nicht vorziehen darf. Er haftet daher nicht nur für dolus und culpa, sondern auch für diligentia und custodia, d. i. für jedes, auch das geringste Versehen, wodurch die Sache beschädiget, oder verlohren, oder zu Grunde gegangen ist; nur nicht für den Schaden darf er stehen, der durch einen bloßen Zufall verursacht worden ist, sonst aber auch für jedes furtum [3]). §. 2. *I. Quib. mod. re contr. oblig.* At is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur*: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior po-

3) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa. Abschn. 3. und 4. SCHOEMANS Lehre vom Schadensersatze. 1. Th. S. 191. sq. und HUFELANDS Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 555.

poterat eam rem custodire. Sed propter maiorem vim maioresue casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit. *L.* 5. §. 2. *D. h. t.* Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur: et ideo verior est *Q. Mutii* sententia, existimantis, et *culpam* praestandam et *diligentiam*. §. 4. *eiusd. L.* (S. oben S. 438. ff.) §. 5. *eiusd. L. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem* debet praestare. §. 9. *h. L.* Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, *ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat:* utputa, equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam praestare debere, Veteres responderunt. §. 15. *d. L.* Si duobus vehiculum commodatum sit — pro parte quidem effectu me usum habere, — sed esse verius, et *dolum* et *culpam* et *diligentiam* et *custodiam* in totum me praestare debere. *L.* 18. *pr. D. h. t.* (oben S. 442.) *L.* 1. §. 4 *D. de obligat. et action.* Is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, (veluti incendio, ruina, naufragio) rem, quam accepit, amiserit, securus est; alias tamen *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur*: nec sufficit ei, eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. *L.* 14. §. 15. *D. de furt.* Non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, furti actio: sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est: quia et huius custodia ad eum pertinet. Nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages: quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. Item si jumenta tibi commodavero, quorum sequela erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus. *L.* 14. §. 10. *D. eodem.* An pater, cuius filio commodata res est, *furti actionem* habeat, quaeritur? Et IULIANUS ait, patrem hoc nomine agere non posse, *quia custodiam praestare non debeat.* Sicut (in-

(inquit) is, qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. *Neque enim, inquit, is, cuiuscunque interierit, rem non perire, habet furti actionem: sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit.* §. 16. *eiusd. L.* Et puto omnibus, *quorum periculo res alienae sunt*, veluti *commodatae*, — si hae subreptae sunt, *furti actionem* competere. Es wird jedoch hier überall der Fall vorausgesetzt, daß der Commodatar allen Vortheil allein zieht. Aendert sich dieses Verhältniß, so treten Ausnahmen ein. Der Commodatar ist daher a) nur wegen der culpa lata verantwortlich, wenn der Contract blos den Vortheil des Leihers bezweckt. *L.* 5. §. 10. *D. h. t.* Interdum plane *dolum solum* in re commodata, qui rogavit, praestabit: utputa si quis ita convenit; vel *si sua duntaxat causa commodavit*, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur. Hingegen prästirt er b) culpam levem, aber doch auch custodiam, wie im Pfandcontract, wenn das Commodat zum Vortheil beyder Contrahenten gereicht. *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. — Haec ita, si dumtaxat *accipientis gratia* commodata sit res. At si *utriusque* veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit: *ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis* [4]).

3) Auch muß der Commodatar die Kosten tragen, ohne welche die Sache nicht gebraucht werden kann, z. B. die Kosten, welche die Unterhaltung der Sache nothwendig erforderte, als Fütterungskosten für das geliehene Pferd, ohne Rücksicht, sie seyen groß oder klein. Außerordentliche Kosten hingegen, wel-

4) Man vergleiche hiermit *L.* 13. §. 1. *et L.* 14. *D. de pignerat. act. L.* 19. *Cod. de pignor. L.* 10. §. 1. *D. h. t.* Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. T. II. pag. 320. und GONZALEZ TELLEZ Commentar. in Decretales Tom. III. ad cap. un. X. de commodato nr. 9. pag. 244.

welche die Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache erforderte, z. B. Kurkosten, trägt der Commodatar, sofern ihm keine Schuld dabey zur Last fällt, nur insoweit, als sie mäßig sind, d. i. wenn dieser Aufwand den gehabten Nutzen nicht übersteigt. Cajus sagt *L.* 18. §. 2. *D. h. t. Cibariorum impensae, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset.* Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: *modica enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.*

§. 858.

In wiefern steht der Commodatar auch für diejenigen, durch welche er die Sache an den Verleiher zurückschickt? Wie haften mehrere Commodatare? wie mehrere Erben?

Es kommen hier noch folgende Fragen zu erörtern vor.

I. Wenn die geliehene Sache durch die Schuld eines Dritten verlohren gegangen ist, durch welchen sie der Commodatar an den Verleiher zurückschickte, in wiefern haftet hier der Commodatar für den Schaden? Man hat bey dieser Frage folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Der Verleiher hatte selbst dem Commodatar die Person angewiesen, durch welche ihm die Sache zurückgeschickt werden sollte. Z. B. Er schickte ihm in der Absicht seinen Bedienten zu. Hier stehet der Commodatar für nichts [5]); es wäre denn, daß ihm selbst eine Unvorsichtigkeit dabey zur Last gelegt werden könnte, die ihm verantwortlich machte; z. B. wenn er gewußt hätte, daß dieser Bediente ein untreuer Mensch sey, dieses aber, dem Verleiher, seinem Herrn, unbekannt gewesen wäre [6]). 2) Der Commodatar hatte ohne Auftrag des Verleihers die Person gewählt, durch die er die Sache an den Commodatar zurückschickte. Hier geschieht die Restitution auf des Commodatars Gefahr, er habe nun entweder seinen eigenen Bedienten dazu gebraucht, oder den Bedienten des Commodanten, welcher vom letztern bloß war geschickt worden, um den Commodatar an die Zu-

5) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.*

6) S. Griesingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 1. Band §. 39. S. 67. f.

Zurückgabe zu erinnern, oder er habe sonst Jemanden dazu ausersehen [7]); es wäre denn, daß das ganze Geschäft allein den Nutzen des Verleihers bezweckt hätte. Denn hier ist der Commodatar nur insofern verantwortlich, als ihm bey der Wahl des Ueberbringers ein Dolus oder culpa lata zur Last fällt [8]). Hätte jedoch der Commodatar die Sache einer solchen Person anvertraut, die als ein sehr ehrlicher Mensch bekannt war, daß man gar nicht hätte erwarten können, sie werde einer solchen Untreue oder Unvorsichtigkeit fähig seyn, als dennoch der nachherige Erfolg ergeben hat, so ist der Commodatar zu entschuldigen, und der Commodant leidet allein den Schaden [9]).

II. Haben mehrere eine Sache gemeinschaftlich geliehen, wie haften sie? 1) Wegen der Sache selbst natürlich in solidum. Wenn aber 2) der Werth derselben gefordert wird, so ist es streitig. Nach einigen [10]) sollen die mehreren Commodatare nur pro rata haften. Diese Meinung gilt auch in der Praxis [11]). Allein nach der richtigern Theorie anderer [12]) sind sie, jedoch unter Vorbehalt der

7) *L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. §. 1. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6. und *Wolf. Ad.* LAUTERBACH Diss. de nuncio. *Tübingae 1660.* §. 55.

8) *L. 11. et L. 12. pr. D. h. t.* Griesinger a. a. O. §. 38. S. 66. und HUFELAND Lehrbuch des Civilrechts. I. B. §. 556. Not. 1. S. 227.

9) *L. 20. D. h. t.* WERNHER Select. Observat. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 214. nr. 16. SCHULTING Thes. controv. Decad. XLVIII. Th. 8.

10) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. ZIEGLER Diss. de commodato. Th. 145. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. Dabelow Handbuch des röm. deutsch. Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1216. WALCH Controv. iur. pag. 535. und HUFELAND im angef. Lehrbuche. §. 555. Not. 4.

11) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXV. §. 25. et 26. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 7. Not. 1.

12) *Franc.* DUARENUS Comm. ad h. Tit. cap. 8. circ. fin. *Operum* pag. 957. sq. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. XXVI. cap. 26. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING Thes.

der Einrede der Theilung [13]), auch wegen des Werths in solidum verbindlich, wofern nicht etwa die Sache den mehreren ausdrücklich auf gemeinschaftliche Gefahr geliehen worden ist [14]). Dann kann jeder blos pro rata auf Erstattung des Werths in Anspruch genommen werden [15]).

III. Wie haften mehrere Erben eines Commodatars? 1) Ist die Sache noch in Natur vorhanden, so kann derjenige Miterbe, welcher die Sache hat, in solidum belangt werden [16]). 2) Hat keiner die Sache, es ist aber einer der Miterben allein ohne Schuld der übrigen Ursache des Unterganges, so haftet auch dieser allein [17]). 3) Ist weder das Erste noch das Andere der Fall, so haften die mehreren Erben eines Commodatars für den Werth der Sache nur nach der Proportion ihres Erbtheils [18]).

§. 859.

Verpflichtungen des Commodanten.

Die zufälligen Verbindlichkeiten des Verleihers gehen 1) auf Ersatz des Schadens, welcher dem Commodatar aus einer mit dem Bewußtseyn ihrer Unbrauchbarkeit oder Schädlichkeit überlieferten Sache [19]), oder durch unzeitige Zurückforderung derselben entstanden ist [20]). 2) Auf Erstattung aller auf die Erhaltung der Sache verwendeten ausserordentlichen unmäßigen Kosten, oder auch anderer Verwendungen, zu denen der Commodant einwilligte [21]), oder

Thes. controv. Dec. XLVIII. Th. 7. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XIX. Th. 9. EMMINGHAUS ad *Coccejum* l. c. Qu. 5. not. a. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1876. THIBAUT syst. des P. R. 2. B. §. 889. u. a.

13) *Nov. XCIX. cap. 1. L. 47. D. locat.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9.

14) *L. 5. §. 15. D. h. t. L. 9. pr. D. de duobus reis.*

15) *L. 21. §. 1. D. h. t.*

16) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

17) *L. 17. §. 2. D. h. t.*

18) *L. 3. §. 3. D. eod.*

19) *L. 18. §. 3. D. h. t.*

20) *L. 17. §. 3. D. eod. L. 22. D. eod.*

oder wodurch der Commodatar eine von dem Verleiher bereits angefangene Verbesserung nur vollendete [22]). 3) Auf Zurückgabe der Sache oder ihres Werthes, wenn nämlich der Commodatar die Sache verlohren, und deren Werth ersetzt hatte, nachher aber der Verleiher die Sache wieder erhält [23]).

§. 860.

Klagen aus dem Leihcontract.

Aus dem Leihcontract entspringen zwey Klagen, 1) die *actio commodati directa*, welche von dem Verleiher gegen den Commodatar auf die Zurückgabe der Sache mit aller Zubehörung, so wie auf Ersatz des ihm zur Last fallenden Schadens angestellet wird. Gegen einen Pupillen, der eine Sache ohne Auctorität seines Vormundes geliehen hat, findet, sofern er dadurch reicher geworden, nur eine actio commodati utilis, außerdem aber die actio ad exhibendum, oder actio legis Aquiliae Statt, wenn er sich eines Dolus oder einer Culpa dabey schuldig gemacht hat [24]). 2) Die *actio commodati contraria*, wodurch der Commodatar gegen den Commodanten seine zufällig gegen diesen entstandenen Rechtsansprüche verfolgt. Daß beyde Klagen auch auf die Erben gehen, leidet keinen Zweifel [25]).

21) *L. 18. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 2. et L. 59. D. de furtis.*

22) *Hug.* DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 3. §. *De impensis* etc. pag. 674. und FRANTZKE Comm. h. t. nr. 62.

23) *L. 17. §. 5. D. h. t.* Ist dem Commodatar daran gelegen, die Sache selbst lieber zu haben, so kann er mit der rei vindicatione utili auf Restitution derselben klagen. *L. 5. §. 1. D. h. t. L. 63. D. de rei vind.* Ist ihm mehr daran gelegen, das Geld, was er für die Sache bezahlt hat, wieder zu haben, so klagt er mit der condictione sine causa auf Herausgabe des bezahlten Werths. *L. 2. D. de condict. sine causa.* Ist es ihm aber gleichviel, ob er die Sache oder ihren Werth erhält, so klagt er actione commodati contraria. S. VOET in Comm. h. t. §. 8.

24) *L. 1. §. ult. L. 2. et L. 3. pr. D. h. t.*

25) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 780. ff.

Bayerische Staatsbibliothek München

oder wodurch der Commodatar eine von dem Verleiher bereits angefangene Verbesserung nur vollendete [22]). 3) Auf Zurückgabe der Sache oder ihres Werthes, wenn nämlich der Commodatar die Sache verlohren, und deren Werth ersetzt hatte, nachher aber der Verleiher die Sache wieder erhält [23]).

§. 860.

Klagen aus dem Leihcontract.

Aus dem Leihcontract entspringen zwey Klagen, 1) die *actio commodati directa*, welche von dem Verleiher gegen den Commodatar auf die Zurückgabe der Sache mit aller Zubehörung, so wie auf Ersatz des ihm zur Last fallenden Schadens angestellet wird. Gegen einen Pupillen, der eine Sache ohne Auctorität seines Vormundes geliehen hat, findet, sofern er dadurch reicher geworden, nur eine actio commodati utilis, außerdem aber die actio ad exhibendum, oder actio legis Aquiliae Statt, wenn er sich eines Dolus oder einer Culpa dabey schuldig gemacht hat [24]). 2) Die *actio commodati contraria*, wodurch der Commodatar gegen den Commodanten seine zufällig gegen diesen entstandenen Rechtsansprüche verfolgt. Daß beyde Klagen auch auf die Erben gehen, leidet keinen Zweifel [25]).

21) *L. 18. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 2. et L. 59. D. de furtis.*

22) *Hug.* DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 3. §. *De impensis* etc. pag. 674. und FRANTZKE Comm. h. t. nr. 62.

23) *L. 17. §. 5. D. h. t.* Ist dem Commodatar daran gelegen, die Sache selbst lieber zu haben, so kann er mit der rei vindicatione utili auf Restitution derselben klagen. *L. 5. §. 1. D. h. t. L. 63. D. de rei vind.* Ist ihm mehr daran gelegen, das Geld, was er für die Sache bezahlt hat, wieder zu haben, so klagt er mit der condictione sine causa auf Herausgabe des bezahlten Werths. *L. 2. D. de condict. sine causa.* Ist es ihm aber gleichviel, ob er die Sache oder ihren Werth erhält, so klagt er actione commodati contraria. S. VOET in Comm. h. t. §. 8.

24) *L. 1. §. ult. L. 2. et L. 3. pr. D. h. t.*

25) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 780. ff.

Bayerische Staatsbibliothek München

oder wodurch der Commodatar eine von dem Verleiher bereits angefangene Verbesserung nur vollendete [22]). 3) Auf Zurückgabe der Sache oder ihres Werthes, wenn nämlich der Commodatar die Sache verlohren, und deren Werth ersetzt hatte, nachher aber der Verleiher die Sache wieder erhält [23]).

§. 860.

Klagen aus dem Leihcontract.

Aus dem Leihcontract entspringen zwey Klagen, 1) die *actio commodati directa*, welche von dem Verleiher gegen den Commodatar auf die Zurückgabe der Sache mit aller Zubehörung, so wie auf Ersatz des ihm zur Last fallenden Schadens angestellet wird. Gegen einen Pupillen, der eine Sache ohne Auctorität seines Vormundes geliehen hat, findet, sofern er dadurch reicher geworden, nur eine actio commodati utilis, außerdem aber die actio ad exhibendum, oder actio legis Aquiliae Statt, wenn er sich eines Dolus oder einer Culpa dabey schuldig gemacht hat [24]). 2) Die *actio commodati contraria*, wodurch der Commodatar gegen den Commodanten seine zufällig gegen diesen entstandenen Rechtsansprüche verfolgt. Daß beyde Klagen auch auf die Erben gehen, leidet keinen Zweifel [25]).

21) *L. 18. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 2. et L. 59. D. de furtis.*

22) *Hug.* DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 3. §. *De impensis* etc. pag. 674. und FRANTZKE Comm. h. t. nr. 62.

23) *L. 17. §. 5. D. h. t.* Ist dem Commodatar daran gelegen, die Sache selbst lieber zu haben, so kann er mit der rei vindicatione utili auf Restitution derselben klagen. *L. 5. §. 1. D. h. t. L. 63. D. de rei vind.* Ist ihm mehr daran gelegen, das Geld, was er für die Sache bezahlt hat, wieder zu haben, so klagt er mit der condictione sine causa auf Herausgabe des bezahlten Werths. *L. 2. D. de condict. sine causa.* Ist es ihm aber gleichviel, ob er die Sache oder ihren Werth erhält, so klagt er actione commodati contraria. S. VOET in Comm. h. t. §. 8.

24) *L. 1. §. ult. L. 2. et L. 3. pr. D. h. t.*

25) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 780. ff.

Bayerische Staatsbibliothek München

oder wodurch der Commodatar eine von dem Verleiher bereits angefangene Verbesserung nur vollendete [22]). 3) Auf Zurückgabe der Sache oder ihres Werthes, wenn nämlich der Commodatar die Sache verlohren, und deren Werth ersetzt hatte, nachher aber der Verleiher die Sache wieder erhält [23]).

§. 860.

Klagen aus dem Leihcontract.

Aus dem Leihcontract entspringen zwey Klagen, 1) die *actio commodati directa*, welche von dem Verleiher gegen den Commodatar auf die Zurückgabe der Sache mit aller Zubehörung, so wie auf Ersatz des ihm zur Last fallenden Schadens angestellet wird. Gegen einen Pupillen, der eine Sache ohne Auctorität seines Vormundes geliehen hat, findet, sofern er dadurch reicher geworden, nur eine actio commodati utilis, außerdem aber die actio ad exhibendum, oder actio legis Aquiliae Statt, wenn er sich eines Dolus oder einer Culpa dabey schuldig gemacht hat [24]). 2) Die *actio commodati contraria*, wodurch der Commodatar gegen den Commodanten seine zufällig gegen diesen entstandenen Rechtsansprüche verfolgt. Daß beyde Klagen auch auf die Erben gehen, leidet keinen Zweifel [25]).

21) *L. 18. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 2. et L. 59. D. de furtis.*

22) *Hug.* DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. XIV. cap. 3. §. *De impensis* etc. pag. 674. und FRANTZKE Comm. h. t. nr. 62.

23) *L. 17. §. 5. D. h. t.* Ist dem Commodatar daran gelegen, die Sache selbst lieber zu haben, so kann er mit der rei vindicatione utili auf Restitution derselben klagen. *L. 5. §. 1. D. h. t. L. 63. D. de rei vind.* Ist ihm mehr daran gelegen, das Geld, was er für die Sache bezahlt hat, wieder zu haben, so klagt er mit der condictione sine causa auf Herausgabe des bezahlten Werths. *L. 2. D. de condict. sine causa.* Ist es ihm aber gleichviel, ob er die Sache oder ihren Werth erhält, so klagt er actione commodati contraria. S. VOET in Comm. h. t. §. 8.

24) *L. 1. §. ult. L. 2. et L. 3. pr. D. h. t.*

25) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 780. ff.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 13,2

Erlangen (1811)

J.rom.c. 137-13,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565398-9
VD18 90225058